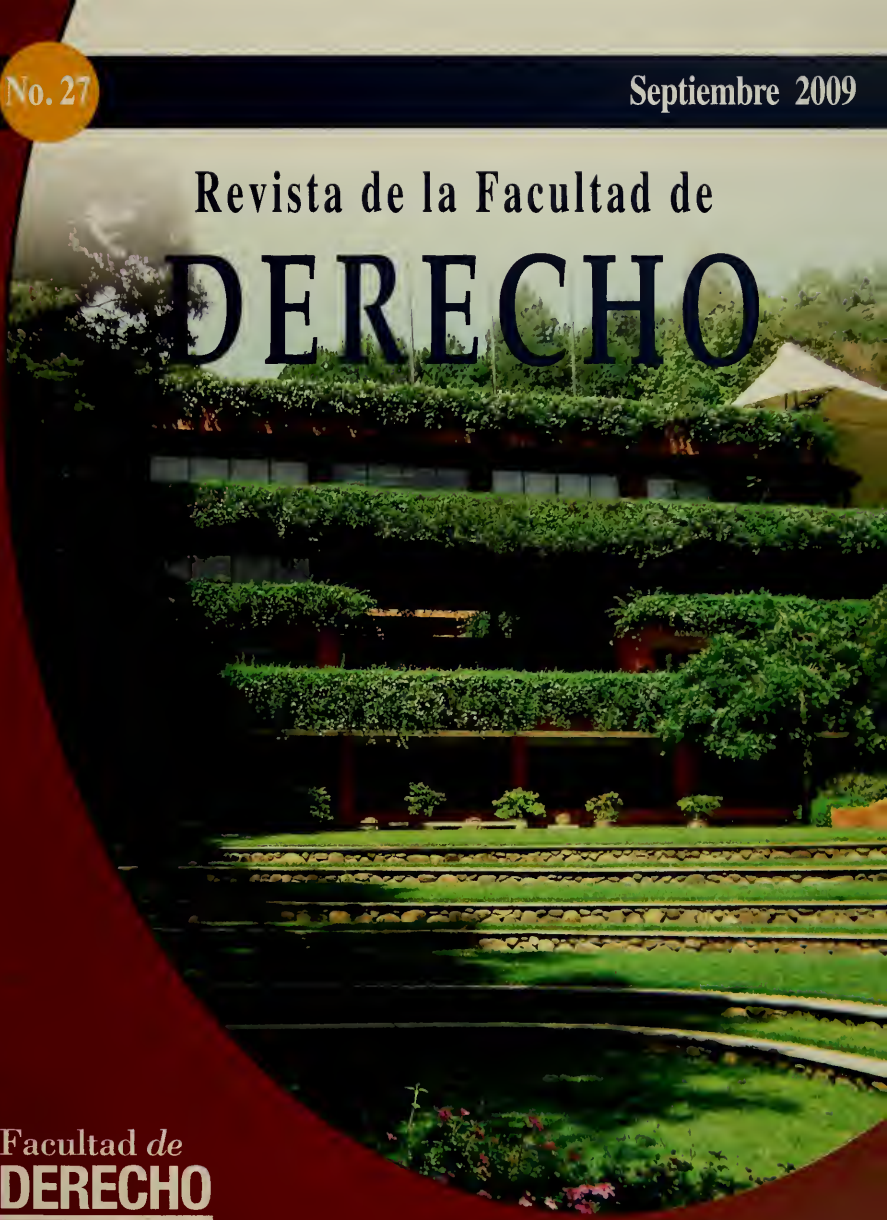
No. 27

Septiembre 2009

Revista de la Facultad de DERECHO



UFM

Facultad *de* DERECHO

Revista de la Facultad de Derecho

No. 27, [septiembre 2009]

CONSEJO DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD

Giancarlo Ibárgüen S.
Rector

Octavio Benfatto
Vicerrector

Ricardo Castillo A.
Secretorio General

Ramón Parellada
Tesorero

Vocales
Manuel Ayau G.
Jens P. Bornholt
Diana Canella de Luna
William Olyslager
Luis Fernondo Somoyoo

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Milton Estuardo Argueta Pinto
Decono

Ana Gisela Castillo Aparicio
Secretoria

María Luisa Beltranena de Padilla
Representante Docente

María Isabel Carrascosa
Representante Estudiantil

DIRECTORIO DE LA REVISTA

Kimberly Monroy Ardón
Directora

Diana Morales Rosales
Subdirectora

Búsqueda y adquisición de contenido
Diego Marroquin *(Coordinador)*
Silvia Alquijay, María Fernanda Barillas, Fabián Zetina, Fernando Barrios, Paulina Pontaza.

Evaluación y revisión de contenido
Maria Isabel Carrascosa *(Coordinadora)*
Andres Goicolea, Nathalie Dardón, Sabrina Gabriel, Jenny Sandoval.

Distribución y Promoción
Javier Bauer (*Coordinador*)
Christian Skinner Klee, Astrid Pérez, María Lilian Franco, María Inés Hidalgo.

Email
revista@ufm.edu

Diseño e Impresión
Serviprensa, S.A.

Copyright 2009 Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala.

Contenido

Editorial

Homenaje a un jurista digno de recordar: Doctor Luis Beltranena Valladares / 7
Por: Licda. María Isabel Soberanis Cozoli

Derecho

La modernización de la legislación como resultado de la reforma liberal / 11
Por: Licda. Coralino Chacán Córdova

Justicia distributiva y justicia conmutativa en el derecho de trabajo / 17
Por: Lic. Luis Fernóndez Molino

La autonomía de la voluntad, los contratos de adhesión y los derechos humanos / 21
Par: Lic. Rogelio Monuel Zorceño Ruiz

Equidad y Derecho en Guatemala: Reflexiones con ocasión del arbitraje / 27
Por: Lic. Juan Pabla Gromoja Costro

Derecho y Economía

Derecho y economía, una relación necesaria. Algunas aproximaciones en la Constitución Económica chilena / 49
Par: Lic. José Luis Guerrero Becar

The rule of law and development / 65
By Dr. Eduarda A. Moyaro

Derecho Internacional

Contratación electrónica en España / 83
Par: Licdo. Kristine Klonderud

La Piratería Marítima / 93
Por: Licdo. Cristino Umoña Luarco

Derecho y política

Democracia disfuncional: cómo mejorar el sistema electoral en Guatemala / 103
Par: Lic. Alejandra Boldizón

Entrevista

Cátedra Bernardo Neumann / 109
Lic. Pedro Mendozo Montona

Digitized by the Internet Archive
in 2013

http://archive.org/details/revistadelafacu27univguat

Editorial

Homenaje a un jurista digno de recordar: Doctor Luis Beltranena Valladares

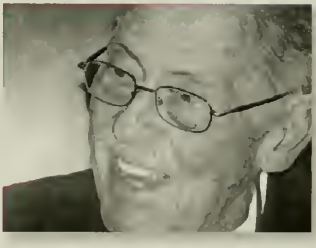
Por: Licda. María Isabel Soberanis Cazali[1]

Desde el año 2002, muchos de nosotros, en más de una ocasión hemos visitado y utilizado el Departamento de Información Jurídica para realizar trabajos, consultar leyes, gacetas, libros, incluso para asistir a diferentes actividades que se relacionan con nuestra vida cotidiana como estudiantes, catedráticos o personal administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

Alguna vez se han preguntado, o tienen conocimiento de ¿por qué el Departamento de Información Jurídica, lleva el nombre del Dr. Luis Beltranena Valladares? Permítanme relatarles unas breves líneas acerca de este gran profesional.

El Doctor Luis Beltranena Valladares (09.08.1921 al 17.07.2009) fue uno de los fundadores de la Universidad Francisco Marroquín y primer Decano de la Facultad de Derecho en el año 1971. El doctor Beltranena creyó firmemente en la Universidad y veló siempre porque en la misma se formaran profesionales que pudieran hacer de Guatemala un mejor país. Su ética profesional, trayectoria intachable, honorabilidad y humanidad hicieron que este gran jurista fuera siempre motivo de admiración y respeto.

Dejar plasmadas todas y cada una de las anécdotas y vivencias de su vida como abogado y catedrático dentro de las aulas de la Facultad de Derecho, sería



una tarea interminable, pues fueron muchos años de dedicación y amor a la misma.

En este espacio, concretaré aquellas que dejaron huella en la vida y corazón de muchas personas que no sólo tuvieron la dicha de compartir con él sino que aprendieron a formarse con su ejemplo.

Debido a su gran labor, fue nombrado en dos períodos Decano de la Facultad. Siempre mostró interés en resaltar el nombre de la Facultad de Derecho y lo más importante, veló por la enseñanza y difusión de los principios éticos, jurídicos y económicos de una sociedad de personas libres y responsables, misión de la Universidad Francisco Marroquín.

Algunos de sus estudiantes, con los cuales tuve la oportunidad de conversar, me mencionaron que en sus cátedras solía utilizar palabras en latín y coincidieron que la clase era aún más interesante, ya que siendo una persona muy preparada no se negaba a compartir sus conocimientos. Sus cátedras eran únicas y motivaban al estudiante a interesarse por el Derecho.

1 María Isabel Soberanis Cazali, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, egresada de la UFM, catedrática auxiliar de Introducción al Derecho I y II (PBL), Filosofía del Derecho I y II y Derecho Civil I (personas y bienes).

Como muchos lo describen, fue una persona íntegra, correcta, innovadora, impulsadora de talentos, reconocedora de los méritos de otras personas, con una gran formación y ética profesional. Cabe mencionar que lo más importante para él siempre fue el estudiante; en más de una ocasión se le escuchó decir: *"La razán de la Facultad san las estudiantes"*, palabras que resaltan el amor y dedicación que le tenía a sus alumnos y, sobre todo, a la Facultad de Derecho.

Es un orgullo para todos los que formamos parte de esta Facultad el haber tenido como Fundador a este gran Ser Humano y Profesional, no sólo por su trayectoria, sino también como una persona con un humanismo integral, digno de recordar.

Es por esto que mostramos nuestro pesar por su partida, nuestro deber es continuar la labor y ejemplo que él un día inició y sobre todo debemos velar por poner siempre en alto el nombre de nuestra Facultad de Derecho, por ende a nuestra Universidad Francisco Marroquín.

Descanse en Paz, Doctor Luis Beltranena Valladares

Derecho

La modernización de la legislación como resultado de la reforma liberal

Por: Licd. Carolina Chacón Córdova[1]

¿Dónde empieza nuestra historia contemporánea? Esta es una pregunta compleja de contestar y hasta cierto punto subjetiva.

En su edición del 15 de julio de 1885 el periódico *El Renacimiento* publicó: "El Señor General Barrios murió, el día 2 de abril, entre 8 y 9 de la mañana, atravesado por una bala que, según las mayores probabilidades, le fue intencionalmente disparada, muy de cerca, por alguno de los soldados mismos a quienes él conducía …".

Es así como termina la vida y el ideal liberal de la Unión Centroamericana de uno de los personajes más controversiales de nuestra historia, conocido por muchos como El Reformador. Con el paso de los días se pudo constatar que la segunda parte de lo establecido en la anterior publicación, es decir, la frase que decía que el disparo había sido infligido por uno de sus soldados fue desmentida y probada como improbable en simulaciones realizadas en el campo de batalla.

La historia política de este personaje inició aproximadamente quince años antes. Siendo uno de los descontentos con el gobierno conservador que llevaba ya casi treinta años en el poder, decide aliarse con otros liberales para derrocar al gobierno del Mariscal Vicente Cerna.

Antecedentes

Cuando se declaró la Independencia de la Capitanía General de Guatemala (es decir, de las cinco provincias centroamericanas) el 15 de septiembre de 1821, fueron unos pocos los participantes activos de la misma y en muchas de estas provincias las noticias de la Independencia y sus declaraciones individuales llegaron tiempo después.

En esta época ya era muy marcada la pugna entre los dos partidos políticos existentes, Liberales y Conservadores, y únicamente la clase alta, mayormente la capitalina, tenía acceso a formar parte de ellos. Estos partidos vivían en constante pugna y tenían puntos de vista distintos, como podemos apreciar posteriormente a la Independencia con la decisión de anexarnos o no a México y luego de la separación al tomar la decisión de la forma de gobierno a establecerse en Centroamérica (una República o una Federación).

Este conflicto partidario continuó durante los años que siguieron a la Independencia, a tal grado que el gobierno federal fue debilitándose hasta que la mayoría de las provincias centroamericanas fueron separándose del pacto federal. En el caso de Guatemala, la situación se agravó luego de la incursión en la vida política del país del Movimiento de la Montaña, comandado por un joven ladino llamado Rafael Carrera, el cual buscaba derogar las reformas "modernistas" realizadas por el Jefe de Estado, Mariano Gálvez.

---

1 Abogada y Notaria. Profesora de Enseñanza Media en Historia y Ciencias Sociales. Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín.

Es durante el segundo período del gobierno federal de Morazán y estatal de Gálvez, en el año 1835, que nace Justo Rufino Barrios, en el poblado de San Lorenzo, departamento de San Marcos. Al ser hijo de los descendientes de españoles Ygnacio de Barrios y Josefa Auyón, quienes poseían una buena cantidad de tierras en la zona, Barrios nunca pasó penas económicas durante su infancia y adolescencia.

El Movimiento de la Montaña logró derrocar al Ejército de Morazán y tomar el control del país. Es así como inician los años de control de los conservadores, mejor conocidos como el Gobierno de los 30 años. Durante este período, Carrera poco a poco va aliándose con "las familias" conservadoras de Guatemala y con la Iglesia Católica. Además, aisla cada vez más de los puestos importantes de gobierno a los liberales, los cuales al final de su gobierno ya estaban desesperados del retraso económico, social y, sobre todo jurídico, en el que se encontraba el país.

Debemos resaltar que durante los 30 años de gobierno conservador se dieron cambios en el país, pero no se daban lo suficientemente rápido para muchos. Sobre todo para aquellos hijos de la "aristocracia capitalina" que en muchos casos habían sido enviados a realizar sus estudios superiores a Europa y se habían dado cuenta del atraso en que se encontraba Guatemala, comparado con los países europeos. Otro factor que repudiaban los liberales en esta época era la influencia que la Iglesia Católica continuaba manteniendo sobre el gobierno y la población en general. La Iglesia continuaba teniendo el mismo poder que había ejercido durante la colonia, no obstante ya en la mayoría de países desarrollados la separación del Estado y la Iglesia ya se había aplicado desde hace tiempo.

Legislación Conservadora

Durante los 30 años de gobierno conservador ocurrieron varios cambios en nuestra legislación. Debemos recordar que aunque en estos momentos ya teníamos independencia política, no teníamos independencia jurídica de España, ya que muchas de las leyes civiles que se aplicaban durante esta época en Guatemala eran todavía las Leyes de Indias (leyes creadas por los españoles para gobernar sus colonias) o en su defecto los códigos españoles. Debido a esto el gobierno de Carrera se vio en la necesidad de reestructurar el sistema legislativo de nuestro país, el cual no tenía orden y además no se encontraban separadas las leyes vigentes de las derogadas, ni las permanentes de las transitorias.

Debido a lo anteriormente señalado la codificación de las leyes se convirtió en el punto central del aspecto jurídico del país. Es así como después de varios intentos fallidos, se le encomendó al jurista Alejandro Marure la organización de la legislación. La propuesta de Marure comprendía lo siguiente: 1) la clasificación de las leyes según el ramo al que pertenecían; 2) Separar en cada ramo las leyes que eran transitorias de las permanentes; 3) Omitir totalmente las disposiciones que ya se encontraban derogadas en su totalidad; 4) Separar lo fundamental de lo reglamentario; 5) Llevar lo más posible un orden cronológico. Lastimosamente Marure no pudo ver terminada su obra ya que falleció antes de que la completara, pero Andrés Fuentes Franco, del Ministerio de Gobernación, concluyó su obra.

No podemos dejar de mencionar que sí existía una Ley Fundamental, la Constitución de 1851. Ésta ha sido la más corta que ha tenido nuestro país y se complementaba con la Ley de Garantías promulgada en 1839 (la cual era un tipo de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). Sin embargo, éstas únicamente regulaban la organización fundamental del Estado y los derechos individuales de las personas, no el ámbito civil, mercantil o penal per se.

El trabajo realizado durante el gobierno de los 30 años fue extenso, pero debido a su complejidad, en muchos casos no dio cabida a la creación de nuevos códigos, ya que la primera etapa de ordenación resultó tomar bastante tiempo. Por esta razón, la mayor parte de la modernización de la legislación guatemalteca se dio durante el gobierno liberal.

Al morir Carrera se nombra como su sucesor a Vicente Cerna, lo cual es aún más repudiado por los liberales, quienes pensaron que al morir Carrera se instauraría un nuevo gobierno en el país. Pero la gota que derramó el vaso fue el hecho de que Cerna se reeligiera para un segundo período presidencial.

La Reforma Liberal

Al situarnos en el marco histórico anteriormente señalado, podemos apreciar que existía un buen número de ciudadanos que se encontraban descontentos con el gobierno conservador y que no querían esperar más para cambiar el sistema. Dentro de este grupo de liberales que buscaban el cambio existía una gama de personalidades, desde el aristocrático Miguel García Granados y el terrateniente Justo Rufino Barrios, hasta el rebelde Serapio Cruz.

Durante el segundo período del Presidente Cerna se empieza a gestar el movimiento revolucionario que se llegaría a conocer como la Reforma Liberal. Este movimiento fue comandado por García Granados, quien además aportó gran parte de su fortuna personal para financiar la contienda y a Barrios, quien tenía un buen conocimiento del interior del país y cuya personalidad era temeraria y magnética.

Declaración del 8 de Mayo y Acta de Patzicía

Llegando al final de la contienda el 8 de mayo de 1971, Miguel García Granados proclama a los guatemaltecos cuáles son los ideales del movimiento que comanda y las razones por las cuales se ha levantado en armas. Entre ellos destaca dentro de dicha declaración lo siguiente: "…Queremos que, en vez de un gobierno dictatorial y tiránico como el presente, se establezca otro que no tenga más normas que la justicia; que en vez de atropellar las garantías las acate y respete, y en una palabra, que en vez de gobernar según su capricho, o su interés privado, sea simplemente un fiel ejecutor de las leyes, sumiso y jamás superior a ellas; queremos que desaparezca la llamada Acta Constitutiva, que no es más que un documento informe y absurdo, fraguado con la mira de establecer una dictadura, de la cual sacan partido algunas pocas personas …". Además de lo anterior, señala que buscan cambiar la Asamblea actual para que sea realmente representativa, otorgarle libertad a la prensa, mejorar la institución del Ejército y volverla permanente, modificar el sistema de impuestos, generalizar la instrucción pública y desaparecer los monopolios.

De esta manera los liberales buscaban aumentar el número de adeptos a su causa mientras se acercaban a la capital guatemalteca. Ya en las afueras de la misma, el 3 de junio de 1871, se elaboró un segundo documento conocido como el Acta de Patzicía por haberse firmado en dicho poblado. Esta acta señalaba cuatro artículos importantes. El primero, desconocía el gobierno tirano y usurpador de Vicente Cerna. El segundo, nombraba presidente provisional a Miguel García Granados. El tercero, señalaba que cuando fuera posible el presidente provisional tendría las facultades para reunir una Asamblea Constituyente que redactara una nueva Carta Fundamental. El cuarto, establecía que todos los jefes y oficiales se comprometían a no dejar las armas sino hasta haber logrado los objetivos anteriormente señalados.

Esta revolución logra triunfar sobre las fuerzas nacionales en gran parte por el armamento moderno que poseían (rifles Remington, los cuales eran la tecnología más moderna de la época) y por el hecho que al acercarse los revolucionarios a la capital, Cerna decide irse al exilio antes de perder la batalla final y ser encarcelado.

Para muchos es aquí donde inicia la historia contemporánea de nuestro país, ya que Guatemala no volvió a ser la misma luego de los cambios económicos, sociales y especialmente jurídicos que se dieron a partir de la entrada de los liberales al gobierno. Existen innumerables cambios de los cuales podríamos hablar en esta época, pero nos centraremos en recalcar los cambios jurídicos y políticos que se dieron a lo largo de los 15 años en que Justo Rufino Barrios fue una figura política para nuestro país.

Legislación Liberal

Barrios, como buen liberal de la época, estaba en contra de la injerencia que la Iglesia Católica tenía sobre los asuntos de gobierno. La iglesia no había cambiado desde la colonia más que unos pocos años durante el gobierno de Gálvez, para luego reinstaurarse con mucho poder durante el gobierno de los 30 años.

Este poder eclesiástico en la política era visto como un resabio de los viejos tiempos, de lo antiguo y no de las ideas modernistas de buscaban implementar los liberales, quienes además sentían que estábamos como nación muy retrasados en relación a otros países, tanto americanos como por supuesto europeos.

Es así que se emiten varios decretos en contra de la Iglesia Católica. Esto se dio todavía durante el gobierno de García Granados, mientras Barrios realizaba un interinato en la presidencia entretanto aquél apaciguaba la situación en Oriente.

En los años de 1872 y 1873 se emiten los Decretos Números 59, 61 y 64 por medio de los cuales se extingue las comunidades de la Compañía de Jesús y San Felipe Neri y nacionaliza todos sus bienes. Posteriormente, ya Barrios en la Presidencia, emite el Decreto Número 115 en el cual reduce el número de conventos de religiosas y nacionaliza todos los inmuebles que desocuparon.

Junto con estos decretos también se emitieron otros como el que derogaba el diezmo como obligación, dejándolo a la libre consciencia de cada persona; el que señalaba que de ese momento en adelante la educación sería laica; aquel que permitía la celebración del matrimonio civil y el divorcio; se suprime el fuero eclesiástico y se abolía la idea de la religión oficial permitiendo la práctica de cualquier religión en público.

Todas estas medidas jurídicas para separar a la Iglesia del Estado le quitaron muchísimo poder, el cual ya no logró recuperar a lo largo de nuestra historia. La característica de los gobiernos liberales que gobernaron el país desde la Reforma Liberal hasta la renuncia del General Jorge Ubico, fue de este trato frío hacía la Iglesia Católica, así como la prohibición de injerencia en los asuntos del Estado.

Los cambios legislativos de Barrios no se centraron únicamente en contra de la Iglesia Católica, también se encontraba dentro de sus prioridades la elaboración de códigos que regularan distintas áreas de la vida de los ciudadanos. De esta manera nombró personas que se encargaran de la creación de un nuevo Código Civil, Mercantil y Penal junto con sus respectivos Códigos de Procesamientos. También se elaboró un Código Fiscal. De esta manera se derogó mucha legislación que existía desde hacía muchos años atrás (alguna incluso desde la colonia) y que ya no era aplicable para la realidad que nuestro país estaba viviendo.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que en muchos casos lo que se hizo con estos nuevos códigos fue copiar en gran parte la legislación de países que en esos momentos se encontraban jurídicamente mucho más avanzados que el nuestro. Esto en algunos casos dio lugar a tener cierto articulado que no aplicaba a la realidad nacional de la época.

Con la elaboración del nuevo Código Civil surgen dos instituciones muy importantes desde ese momento para nuestro país: el Registro Civil y el Registro de la Propiedad. Desde la época de la colonia y luego posterior a la Independencia era la costumbre que todos los nacimientos, matrimonios, defunciones, etc., se registraran en los libros de las parroquias a las cuales pertenecían dichas personas. Pero como anteriormente mencionamos, los liberales en el poder deseaban quitarle poder y funciones netamente de gobierno a la Iglesia Católica, por lo cual la creación de un Registro Civil era necesaria. Es a partir de este momento que el Estado comienza a tomar el control del registro de sus ciudadanos.

De igual forma, la creación del Registro de la Propiedad era de suma importancia. Debido al gran

éxito que se estaba teniendo con el cultivo del café, se necesitaba garantizar a los terratenientes la tenencia de sus tierras y poder, en caso necesario, venderles aquellas tierras que eran propiedad del Estado para el cultivo de dicho grano. Para afrontar dicha tarea, Barrios mandó a pedir a Estados Unidos una gran cantidad de libros para poder realizar estas anotaciones. También emite un Acuerdo en 1877 en el cual se establece que se van a crear tres registros de la propiedad inmueble en la República. De igual forma se emite el Decreto Número 213 con el fin de garantizar la exactitud de las medidas, deslindes y amojonamiento en el goce y adquisición de la propiedad territorial.

Al mencionar la necesidad de registrar las extensiones de tierra como producto del éxito del cultivo del café, no debemos olvidar que otro punto importante para continuar con este éxito era el proporcionar a los dueños de dichas fincas la mano de obra necesaria para dicho cultivo. Es así como en 1877 se promulga el Reglamento de Jornaleros, el cual en 51 artículos señalaba quiénes eran patronos y quiénes agentes para contratar y qué obligaciones tenía cada uno. El gobierno señaló que esto era necesario para que dichas relaciones no estuvieran totalmente en manos de los patronos, sino que el gobierno establecería ciertas garantías mínimas para los trabajadores. El gobierno buscaba con esto garantizar la mano de obra que los cafetaleros necesitaban y poco a poco que el indígena fuera ladinizándose y olvidando algunas de sus costumbres que para los liberales de la época no ayudaban al desarrollo.

Dentro de estos cambios legislativos no debemos olvidar la elaboración de la Constitución de 1879, la cual ha sido la que más tiempo ha estado vigente en nuestro país (1879-1944).

Debido a la pugna entre ambos partidos políticos (liberales y conservadores) nunca se pensó en reformar la Constitución de 1851, ya que ésta para la mayoría de liberales ni siquiera podía llamarse Constitución, por lo que siempre se estuvo bajo el supuesto de la elaboración de una nueva. Se realizaron varios intentos previos a 1879, pero éstos no llegaron a concluirse en algunos casos por que los constituyentes no llegaron a un acuerdo, en otros porque se pensaba que dicho documento era muy conservador, etc. No fue sino hasta ocho años después del movimiento conocido como Reforma Liberal que se logró por fin que la nueva Constitución entrara en vigor.

Dicha Constitución contenía 104 artículos, se basaba en un gobierno liberal democrático, con un Estado centralista y representativo sin contemplar una religión oficial. Dentro de los puntos más importantes de la misma se señalaba la separación absoluta del Estado y la Iglesia, la unicameralidad del legislativo, el sufragio universal (para todo hombre alfabeto mayor de 18 años) y resaltaba el ideal de la Unión Centroamericana como una reestructuración que debía ser buscada por todos.

Justamente este último punto, la Unión Centroamericana, era uno de los sueños de Justo Rufino Barrios, quien desde su infancia admiró la figura de Francisco Morazán. En un inicio trató de llegar a esta unión por medios pacíficos, pero estos tomarían mucho tiempo y la personalidad desesperada de Barrios, quien quería todos los cambios rápidos y durante su gobierno, no le permite mantener este camino. Es por ello que el 28 de febrero de 1885 se emite el decreto de Unión Centroamericana e inicia la lucha armada junto con un Ejército permanente que en los siguientes años se convertiría en la institución más importante del país. Lucha que pudimos apreciar al inicio de este artículo, termina con su muerte prematura.

Conclusiones

1. La llegada de los liberales al poder concluye definitivamente con el gobierno conservador y el sistema semi-feudal en el cual vivía el país desde casi 30 años.

2. Los liberales separaron totalmente a la Iglesia Católica del Estado y le quitaron todo el poder que poseía desde la colonia, y que tenía al país en

un retraso bajo el manto del respeto a la fe y la moral.

3. Debido a esta separación de la Iglesia Católica de las decisiones de Estado, ésta pierde su poder detrás del trono, pero éste, como podemos apreciar en los años posteriores a la muerte de Barrios, es tomado por el Ejército, quien se convierte en la institución fuerte de gobierno.

4. La modernización de nuestra legislación y la creación de instituciones que hasta la fecha son importantes en nuestro país son producto de la Reforma Liberal, ya que se instauró un sistema mucho más práctico y comprensible para la codificación de las leyes, sin olvidar que se dejaron de aplicar las Leyes de Indias y los Códigos Españoles en su totalidad.

5. El ideal de todo liberal de la época y de los tiempos posteriores siempre fue la Unión Centroamericana, la cual se buscó en las siguientes décadas de distintas formas y que hasta la fecha sigue buscándose, aunque sea sólo la unión económica.

Bibliografía

Beltranena Sinibaldi, Luis. *Fundación de la República de Guatemala,* Tipografía Nacional, Guatemala. 1971.

Burguess, Paul. *Justa Rufina Barrias: Una Biagrafía.* Publicación Especial No. 17 de la Sociedad de Geografía e Historia de Guatemala, Guatemala. 1971.

Díaz Castillo, Roberto. *Legislación Ecanámica de Guatemala.* Editorial Universitaria de Guatemala, Guatemala. 1973.

Luján Muñoz. Jorge. *Breve Histaria Cantemparónea de Guatemala.* Fondo de Cultura Económica, Guatemala. 1998.

Santacruz Noriega, José. *Barrios, Dictador (1876-1879).* Tipografía Nacional, Guatemala. 1996.

Justicia distributiva y justicia conmutativa en el derecho de trabajo

Por: Lic. Luis Fernández Molina[1]

Uno de los más grandes aportes, acaso el mayor de ellos, de uno de los emperadores romanos de oriente, Justiniano, fue ordenar la recolección de todas las leyes y tratados jurídicos que por los siglos anteriores nutrieron y respaldaron toda la cultura romana y que hasta ese entonces se habían podido preservar de alguna manera en viejos papiros y pergaminos. Con muy buena visión y quizá previendo el inevitable derrumbe del imperio de oriente, tras la caída del imperio de occidente un siglo antes, tuvo este Emperador la feliz iniciativa de convocar a juristas y escribas que se dieran a la tarea de copiar todos esos textos en el año 526. ¡Cuánto material se pudo conservar para las futuras generaciones!

De esos textos se recoge la definición general de Justicia como "*la valuntad firme y canstante de dar a cada uno lo* que es suyo" que se recogió del filósofo Platón quien cita a Sismónides (un siglo antes) que a su vez lo toma del escritor Homero. Desde entonces, desde el Siglo VI A.C., ha habido un consenso en cuanto a esa definición genérica de la justicia, se ha aceptado en su contexto general.

Sin embargo, cada vez afloran diferencias en cuanto a la parte final de esa definición, en la referencia a "*la suya*", a "*lo* que es *de cada quien*", porque toda persona tiene derechos, pero **el origen de esos derechos es diferente**, unos derechos son derivados de sus actividades y otros son producto de sus condiciones. En otras palabras una persona puede exigir derechos que nacen de su actividad, de los contratos que haya celebrado o de los compromisos gestionados a su favor, pero también pueden surgir exigencias derivadas de la condición en que se encuentra el individuo, desde la misma realidad de ser humano, por el mero hecho de ser persona, ser mujer, menor de edad, trabajador o miembro de una minoría. De lo anterior surgen las dudas: ¿Qué es lo justo? ¿Cuál es el salario justo? ¿Cómo se pueden establecer los "*intereses justas de las patronas*" a que hace referencia el Considerando "f" del CT?

Es muy importante establecer los límites de las anteriores exigencias porque la Justicia es **un medio, una herramienta imprescindible en toda sociedad para lograr la armonía en la comunidad humana**. Y si la justicia consiste en "dar a cada uno lo que es suyo" debe otorgarse a cada uno lo que le corresponde, porque si no, van a surgir fricciones, van a asomarse los problemas. Si un individuo o grupo entiende que parte de sus derechos no son reconocidos, van a reaccionar en contra del orden establecido que permite esa injusticia. Eso lo entendió perfectamente Aristóteles y a él se debe la división clásica entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva.

La ***justicia conmutativa*** es la que se atiene a la *igualdad contractual* sin hacer reparo en la calidad de las personas, partiendo de la premisa de que existe equiparación legal y libre accionar entre los individuos de una sociedad y da énfasis a lo que las personas, en uso de esa libertad inicial, hayan con-

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, egresado de la Universidad Francisco Marroquín. Catedrático de los cursos Derecho Laboral I y II en la Universidad Francisco Marroquín. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 2004 a 2005.

venido; la posición diferencial de las personas no es importante porque es un elemento que las partes habrán conocido y ponderado previo a establecer el compromiso. ¿Cuál es el precio justo de un artículo? No existe un ***justo precio***, como un ente ajeno y objetivo, el precio justo depende de cada caso y es el que las partes convengan, aquel por el cual el vendedor está dispuesto a entregar el bien y el mismo precio que el comprador libremente le entrega. También se denomina justicia **contractualista**, por su génesis contractual, y justicia correctiva porque la función estatal se limita a "corregir" la actuación de aquel que haya incumplido un compromiso o contrato, o sea reparar el entuerto obligando al infractor a adecuarse a realizar aquello que corresponde o que había comprometido. Si una persona exige el pago de la renta, entiende que **es justo** que el inquilino se la pague porque ocupa una vivienda según el contrato de arrendamiento que suscribieron; lo mismo puede exigir el acreedor que el deudor le pague el monto mutuado una vez vencido el plazo. En ambos casos el derecho del que exige nace de una forma contractual y la falta de pago implicaría una lesión de la justicia.

Por el contrario en la ***justicia distributiva*** lo que concierne es lo que se debe a una persona o un grupo de personas *por la situación en que se encuentran*. De esa forma se privilegia a los sectores considerados desprotegidos, débiles, minorías, etc.; de aquí deriva la protección a los ciudadanos de la tercera edad por el mero hecho de su senectud, a las mujeres bajo la premisa, válida o no, de ser más vulnerables, a las minorías indígenas, de color, hispánicas, a los enfermos, a las madres solteras, a los desempleados, etc., y, claro está, a los trabajadores considerados como la parte débil de la relación laboral. Podrá observarse en todos los casos anteriores que "el derecho" que esgrime cada sector no deriva de una gestión o actividad propia; no es producto del ***hacer*** sino del ***mero ser***. En la justicia distributiva el individuo no se encuentra enfrentado con otra persona sino con el todo social. En esta interpretación de la justicia se concede algo a la persona en la medida que lo que pertenece al todo corresponde también a la parte. Lo que, una vez otorgado al individuo se cubre su correspondiente participación en el bonum commune. En todo caso la implementación de esta expresión de la justicia requiere la participación forzosa –intervención– de un tercero que haga de juez. Haciendo referencia a la necesidad de un tercero que intervenga a "establecer" la justicia el predicador Lacordaire acuñó una famosa frase: "*Entre el rico y el pobre, entre el patrono y el trabajador la libertad oprime y la ley libera*"; en otras palabras "bienvenida ley (la intervención) que vienes a liberar a los oprimidos, afortunada manifestación del legislador que hace eco del sentir popular frente a las injusticias".

La parábola del Evangelio de los obreros de la viña nos da una imagen de esta diferencia conceptual. Citando –con todo respeto y sin perjuicio de interpretaciones de otro orden– Mateo 20, nos relata cómo un propietario va a la plaza y contrata trabajadores. Adaptando el texto sagrado a nuestro análisis podemos visualizar como a las 8 de la mañana les propone a unos hombres que vayan a trabajar a su viña. ¿Cuánto nos ofrece pagar? 50 pesos (en el texto evangélico dice "lo justo" que más adelante se convierte en un denario). Estamos de acuerdo, contestan los obreros. A las 10 regresa a la plaza y encuentra a otros hombres desocupados. Vénganse a trabajar a mi viña. ¿Cuánto nos ofrece? 50 pesos. Igualmente contestan sí los obreros. Lo mismo sucede a las 12 y hasta las dos de la tarde, a todos les ofrece 50 y todos manifiestan su anuencia. Cuando llegan las 4 le dice el dueño al administrador que empiece a pagar a los que llegaron de último, de esa forma a los de las 4 de la tarde les paga 50 pesos, a los de las 2 de la tarde 50 pesos, creídos y esperanzados los de las 10 de la mañana y con más razón los de las 8 ven con desagrado que a ellos les pagan, también, 50 pesos. Protestan. ¡Eso no es justo! ¿Por qué no es justo? ¿Cuánto convine contigo?, ¿acaso no quedamos en 50 pesos? Sería injusto si te estuviera dando menos de los 50 acordados. Es que nosotros hemos estado desde las 8 y desde las 10 encorvando la espalda, respirando polvo y recibiendo sol y nos pagas lo mismo que a esos que apenas trabajaron 2 y 4 horas, replican los jornaleros. Por eso murmuraban contra el dueño de la viña alegando que no era justo su comportamiento.

Se retratan de cuerpo entero los dos enfoques de la justicia, porque los jornaleros disconformes invocaban una justicia distributiva, impuesta a diferencia de la contractual que no se impone sino que las partes convienen. En el caso de la justicia conmutativa no se requiere de jueces o terceros, los jueces son los propios contratantes (y la participación de un juez es eventual, en caso de incumplimiento y solamente para corregir el entuerto); en cambio en la distributiva se requiere un tercero que establezca, en el caso visto, que si el que trabajó 2 horas devengó 50, al que laboró 4 le corresponde 100, 150 al de las 10 de la mañana y 200 al de las 8. Ese tercer actor, el árbitro, permanece a lo largo del tiempo. Ha tomado diferentes formas y ha venido a constituirse en el Estado moderno que viene a arbitrar las diferencias y enmendar las injusticias sociales. De allí el espíritu distributivo de los impuestos y el surgimiento de las ramas jurídicas de corte social. También de aquí emana el reiterado concepto de "deuda social" que curiosamente toma un elemento típicamente contractualista como es "la deuda" y lo combina con "lo social" en una mezcla metafísica poco clara y que se presta a múltiples interpretaciones. La anterior cita evangélica termina con una aclaración típicamente conmutativa, relacionada con la propiedad privada: *"Si yo quiero dorle o este que entró o trobojor ol finol lo mismo que te doy o ti, es porque tengo el derecho de hacer lo que quiera con mi dinero".*

El Derecho Civil es la quintaesencia del enfoque conmutativo, pues predomina en esta disciplina la autonomía de las partes, esto es, los contratos. Por otra parte el enfoque distributivo es el que nutre a las llamadas disciplinas sociales como lo son el derecho laboral, el derecho agrario, de familia, etc. En lo laboral el elemento distributivo se respira en casi todas sus instituciones pero con mayor énfasis en el terreno de lo colectivo. Ejemplos abundan: la limitación del patrono de despedir libremente a trabajadores, la obligación del patrono de negociar un pacto colectivo, la justicia de una huelga cuando el patrono que se resiste esté en posibilidades de otorgar las mejoras que los trabajadores exigen. En los considerandos del Código de Trabajo se consigna que el derecho laboral ***"limita bastante el principio de la 'autonomía de la voluntad'****, propio del derecho común, el cual* ***supone erróneamente*** *que los portes de todo controto tienen un libre orbitrio absoluto poro perfeccionor un convenio, sin que su voluntod esté condicionado por diversos foctores y desiguoldodes de orden económico-sociol"* y más adelante en el literal f) *"el derecho de trobojo es el ontecedente necesorio para que impere* ***una efectiva libertad de contratación****, que muy pocos veces se ha contemplodo en Guotemolo, puesto que ol limitar lo libertod de controtoción puromente jurídico que desconso en el* ***falso supuesto de su coincidencia con la libertad económica****, impulso al poís fuero de los rumbos legoles individuolistos, que sólo en teorío postulon o lo libertod, lo igualdod y la froternidod."* (Las negrillas no están en el original).

Conforme a la justicia conmutativa la justicia, lo justo, lo establecen las partes. La justicia distributiva rebalsa y hasta hace caso omiso de lo que las partes han convenido cuando se determina que un acuerdo es lesivo para alguna de las partes. No se limita a lo que acordaron los contratantes. Estos conceptos, en algunos aspectos han incursionado también en el ámbito del derecho civil cuando establece la improcedencia de los intereses usureros, la asistencia alimentaria, los derechos de terceros acreedores.

Es claro que no existen presentaciones químicamente puras de cualquiera de estas dos expresiones de la justicia; inevitablemente van entrelazadas, el aspecto a destacar es **el predominio** de alguno de los dos enfoques. Por ejemplo, en el espacio laboral existen evidentes elementos contractualistas como lo es el cumplimiento fiel de los contratos, pero el elemento distributivo interviene en cuanto a señalar los límites y fijar nuevas prestaciones no convenidas, pero donde más luce la raigambre distributiva es en el terreno de lo colectivo como adelante se amplía.

La mayoría de las constituciones políticas, la nuestra entre ellas, determinan que es deber del Estado *"garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad,* ***la justicia (...)"****.* Asimismo, indica que *"El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social"*

expresión que repite al indicar que "*el régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social*". Se menciona a "la justicia" y a "la justicia social". A la luz de los previos comentarios sobre la justicia cabría preguntar si un Estado cumple con su función de garantizar la justicia si desarrolla un agresivo programa de reforma fiscal distributiva o reforma agraria expropiatoria. Unos dirán que es lo justo, otros dirán que no es lo justo. Es cuestión de perspectivas y de interpretaciones del profundo concepto de justicia.

En la figura del "salario justo" se pueden sintetizar las ideas anteriores: en el orden contractual los salarios son simplemente pactados. El salario justo hace referencia a otro orden de ideas.

La justicia distributiva y el derecho colectivo de trabajo

Entre muchos otros el artículo 242 del Código de Trabajo nos brinda una clara radiografía de la absorción de los elementos distributivos transversales en la legislación laboral. El referido artículo establece los supuestos en que la huelga debe ser reconocida como ***justa***. Esto es, cuando el juez de trabajo declara abiertamente que los movimientos de los trabajadores, incluyendo la huelga, son legítimos y por lo tanto respaldados por el sistema en su conjunto. El citado artículo no contiene literales ni numerales pero podríamos configurar algunos y de esa forma indicar que "*la huelga es justa cuando sea imputable al patrono*" por: a) incumplimiento de contratos individuales o colectivos de trabajo; b) incumplimiento del pacto colectivo; c) negativa injustificada a negociar el pacto colectivo. Hasta este punto todas las causales son de contenido estrictamente jurídico pues es obvio que el incumplimiento de contratos, ya sean individuales o colectivos, o de pactos colectivos conlleva una flagrante inobservancia de una disposición de cumplimiento obligatorio; gira la disputa alrededor de una norma existente. Pero el último supuesto sí es de contenido económico social y se refiere a "*la negativa injustificada del patrono a otorgar las mejoras económicas que los trabajadores pidan y que el patrono esté en posibilidades de conceder.*" Aquí la palabra clave es "posibilidades". En otras palabras si el patrono está en **posibilidades** de acceder a las peticiones de los trabajadores está en la obligación de dárselas. Para ponerlo en una mejor perspectiva desde el enfoque distributivo que inspira al Código: el centro de trabajo es un lugar de convivencia humana donde convergen muchas personas y se coordina la actividad de todas y cada una de ellas. La riqueza que produce el centro de trabajo es el producto de la sumatoria de todos esos esfuerzos, por lo tanto si el resultado final es muy lucrativo entonces el producto debe distribuirse a todos. Si el patrono no lo hace directamente por acuerdos directos entonces tiene que imponérsele por mandato judicial. Si por el contrario los resultados económicos de la empresa fueran ruinosos o muy bajos entonces no sería procedente la referida distribución. Así por ejemplo en una fábrica muy exitosa es justo que se compense con mejores condiciones a todos aquellos que de alguna forma coadyuvan en la producción; en una finca de café en un momento de bajos precios del grano no es justo obligar al patrono a que mejore las condiciones laborales.

Claramente esta postura desconoce la función vital del organizador de la empresa que tiene la visión de detectar una oportunidad, el conocimiento para poner en orden todos sus elementos y la audacia para arriesgar sus recursos en una aventura cuyos riesgos recaen únicamente en sus espaldas.

El referido artículo resalta los perfiles bien definidos de la asimilación de la justicia distributiva por todo el organismo iuslaboral guatemalteco. Sin embargo, esa inspiración se percibe a lo largo de prácticamente todas las instituciones laborales incluyendo las que son propias del derecho individual. Al imponer los mínimos de ley y otras condiciones, lo que hace es incidir en el contexto de las decisiones que, de no existir el derecho laboral, se tomarían con mayor libertad. En el fondo lo que hace es arrebatar al contrato parte de su señoríos partiendo de la premisa de la injusticia que conlleva la diferencia de posición que tienen patrono y trabajador para la negociación.

La autonomía de la voluntad, los contratos de adhesión y los derechos humanos

Por: Lic. Rogelio Manuel Zarceño Ruiz[1]

Introducción

Partiendo del principio que el ser humano es un ser individual y a la vez social, que el Estado y el Derecho son medios por los cuales la persona puede desarrollarse integralmente a través de la efectiva realización de sus derechos fundamentales, se puede decir que existen diversas formas por las cuales la persona puede, por medio de los principios e instituciones jurídicas, ver materializados derechos como la libertad y la igualdad, entre otros, que le permiten un efectivo desarrollo en sociedad.

Derechos fundamentales, tales como la libertad y la igualdad, constituyen el antecedente de la autonomía de la voluntad, presupuestos indispensables para que la persona pueda actuar en procura de la satisfacción de sus necesidades a través de la contratación de bienes y servicios.

Pero, cabe preguntarse entonces, ¿Qué relación existe entre la autonomía de la voluntad, los contratos de adhesión y los derechos humanos? ¿Puede a través de figuras relativamente novedosas como los contratos de adhesión, conculcarse derechos fundamentales, limitando o vedando la libertad y creando situaciones que propicien desigualdades?

Por lo expuesto, el objeto de la presente investigación es determinar de qué manera se relaciona el principio de la autonomía de la voluntad, los contratos de adhesión con los derechos humanos.

La Autonomía de la Voluntad a través de la Historia

Derecho romano

El derecho romano clásico le reconoció cierta independencia al individuo y autonomía a su voluntad. El principio consistía en la no intromisión del Estado en las cuestiones relacionadas a la esfera privada de las personas, reconociendo a la voluntad como fuente de todo derecho y obligación. Asimismo, de lo anterior se desprende lo que respecta al principio de que los pactos deben cumplirse (*pacta sunt servanda*), el cual tratado en una forma no tan explícita en el *Corpus Iuris Civilis*, por Ulpiano en ciertos pasajes del *Digesto* y por Justiniano en un pasaje del *Codex*. Subsumido en la aportación de Justiniano se encuentra el principio general de la autonomía de la voluntad en materia contractual, distinguiéndose lo siguiente: a) su presupuesto esencial, la libertad

---

1 Obtuvo los títulos de Abogado y Notario en la Universidad Francisco Marroquín, graduándose con la distinción *Magna Cum Laude*. A nivel de postgrado es Especialista en Contratación y Mercados Financieros Internacionales por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Asimismo, es *Magister Artium* en Finanzas y Tributación por la Escuela de Negocios de la Universidad Francisco Marroquín.
En el ámbito laboral, fungió como Secretario Auxiliar de la Junta Directiva y Asesor Jurídico del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas –FHA–; fue Gerente de la Banca Legal FHA en el Banco Cuscatlán de Guatemala, S.A. y Gerente Legal de Cuscatlan Bank & Trust Ltd. Actualmente es Socio-Director del Bufete de Abogados Zarceño & Zarceño.
En el ámbito docente, a nivel de pregrado, ha sido catedrático auxiliar en la Universidad Francisco Marroquín de las cátedras de Derecho de Obligaciones I y II, Derecho Civil V (Contratos) y Derecho Procesal Civil Práctico I; a nivel de postgrado, ha sido catedrático auxiliar en la Escuela de Negocios de la Universidad Francisco Marroquín de la cátedra de Legislación Inmobiliaria en la Maestría de Administración de Proyectos Inmobiliarios.

de acción[2]; b) los límites a tal libertad; y c) la fuerza obligatoria de los pactos.

Revolución industrial

Los codificadores franceses no alcanzaron a vislumbrar todas las repercusiones que dentro del campo económico y social traerían las transformaciones tecnológicas que comenzaron a gestarse con anterioridad a la Revolución Francesa.

El notable desarrollo del comercio como consecuencia de las nuevas tecnologías aplicadas a la industria, produjo a su vez un mejoramiento de la calidad de vida y esto dio origen a una acumulación de importantes fortunas. El repentino cambio provocado en el panorama económico, social, político de la época, hasta que pudo ser regulado por el Derecho, facilitó la existencia de una serie de abusos que sirvieron de excusa para el surgimiento de ideologías totalitarias. La Revolución Francesa y el Código de Napoleón consagraron la libertad y la igualdad como derechos innatos del hombre, como presupuestos indispensables para que éste pueda desarrollarse en ejercicio de su voluntad autónoma; pero, si perjuicio de lo anterior, no puede negarse las consecuencias de la Revolución industrial, las cuales exteriorizaron y acentuaron un desequilibrio que no pudo ser previsto y regulado en las legislaciones de esa época, desequilibrio que se manifestó principalmente en dos tipos de relaciones: obrero-patronales y de consumo masivo.

La situación social, económica y cultural generada por la Revolución industrial, constituyó la razón de la ruptura en los hechos de la igualdad ideal de los hombres que tuvo como objetivo la Revolución Francesa, lo cual no tardó en provocar la reacción, haciendo que el Estado interviniera en los negocios privados en protección de lo que se denominó "parte débil de la contratación".

2 Reconocida en el artículo 5o. de la Constitución Política de la República de Guatemala que se encuentra dentro del Capítulo I –Derechos Individuales– del Título II –Derechos Humanos–.

En el devenir de la historia se puede advertir el reconocimiento fluctuante que ha tenido la autonomía de la voluntad, poniéndose en evidencia que todo desconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad, que es su presupuesto esencial, ha terminado siempre en crisis.

Noción Conceptual de la Autonomía de la Voluntad

De acuerdo a la definición que al respecto da Luis Díez-Picazo[3] "*La autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elección del otro contratante. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual.*" Del concepto referido, se desprende que el antecedente de la autonomía de la voluntad está dado por la libertad, en referencia a la autodeterminación, sin la cual no habría tan siquiera voluntad; y la consecuencia de la autonomía de la voluntad es la fuerza vinculante, en referencia a la autorresponsabilidad, que emana de la propia voluntad como ley de sí misma.

Para Kant, la voluntad es autónoma cuando se gobierna a sí misma, y es heterónoma cuando está dirigida desde afuera. Lo anterior permite inferir que al reconocer la autonomía de la voluntad se reconoce la dignidad humana, toda vez que, como refiere José Olegario Machado, citado por Benjamín Moisá: "*Que el hombre puede regular sus relaciones jurídicas, sin intervención de una voluntad extraña, es una de las más grandes facultades que puede ejercer como ser libre y consciente.*"[4] En esa línea de ideas, Luis Díez-Picazo dice:"*La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona*

3 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Quinta edición. Editorial Civitas. Impreso en Madrid, España en 1996. Volumen Primero.

4 Moisá, Benjamín. *La Autonomía de la Voluntad y la Predisposición Contractual.* Editorial Zavalia. Impreso en Buenos Aires, Argentina, en el año 2005.

y en el respeto de lo dignidad que o lo persono le es debido."[5]

Desde la perspectiva del Derecho Natural, "la autonomía de la voluntad es un principio general del derecho. Es un principio porque como verdad fundamental no reconoce otro sustento más que la naturaleza misma del hombre, es decir, que su fundamento primero se encuentra en la dignidad de la persona humana; es general porque domina todo el derecho…; y finalmente, es jurídico porque, excediendo lo moral y subjetivo, su campo de acción comprende esencialmente lo intersubjetivo."[6]

En relación con nuestro derecho positivo, la autonomía de la voluntad se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual en su preámbulo establece "*…ofirmondo lo primocío de lo persono humono como sujeto y fin del orden sociol;…ol Estodo, como responsoble de lo promoción del bien común, de lo consolidoción del régimen de legolidod, seguridod jurídico, iguoldod, libertod y poz… decididos o impulsor lo pleno vigencio de los Derechos Humonos dentro de un orden institucionol estoble…*". Al establecer la primacía de la persona humana, le está reconociendo su dignidad a la persona, la cual es un elemento inherente de la autonomía de la voluntad. Asimismo, se puede apreciar que el Estado es responsable de la consolidación de la igualdad y la libertad –presupuestos necesarios de la autonomía de la libertad–, y se indica que se va a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos, dentro de los que se encuentran la igualdad y la libertad. Por su parte, el artículo 4°. establece: "***Libertad e igualdad.*** *En Guotemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidod y derechos. El hombre y lo mujer, cuolquiera que seo su estado civil, tienen iguales oportunidodes y respansabilidades. Ninguna persona puede ser sometido a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad…*" y el artículo 5°. establece: "***Libertad de acción.*** *Todo persona tiene derecho o hacer lo que la ley no prohibe; no está obligodo o ocotor órdenes que no estén bosodos en ley y emitidos conforme o ello…*".

Se puede advertir cómo nuestra ley suprema se inspira en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en el artículo 1°. establece que: "*Los hombres nocen y permonecen libres e iguoles en derechos. Los distinciones socioles sólo pueden fundorse en lo utilidod común.*"; en el artículo 4°. preceptúa que: "*Lo libertod consiste en poder hocer todo oquello que no doñe o otro; por consiguiente, el ejercicio de los derechos noturoles de codo hombre no tiene más límites que oquellos que oseguron o los demás miembros de lo sociedod el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinodos por lo Ley.*"; y en el artículo 5°. lo siguiente: "*Lo ley no puede prohibir más que los occiones nocivos poro lo sociedod. Todo lo que no está prohibido por lo Ley no puede ser impedido, y nodie puede ser obligodo o hocer oquello que ello no ordeno.*" La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en el artículo I que "*Todo ser humono tiene derecho o lo vido, o lo libertod y o lo seguridod de lo persono*" y en el artículo II que "*Todos los personos son iguoles onte lo ley y tienen los derechos y deberes en esto decloroción sin distinción de rozo, sexo, idiomo, credo ni otro olguno.*" Por su parte, en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 se establece en su artículo primero que "*Todos los seres humonos nocen libres e iguales en dignidod y derechos y, dotodos como estón de rozón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*" y en el artículo 3°. se dispone que "*Todo individuo tiene derecho a la vido, a la libertod y o la seguridad de su persona.*"

Restricciones a la libertad

Como se puede colegir de lo expuesto, la finalidad del Estado es la protección y la garantía de la libertad y de la dignidad de la persona pero, sin perjuicio de ello, no puede concebirse una libertad en términos absolutos. Es por ello que encontramos en la misma Constitución Política de la República ciertas limitaciones a la libertad que permiten hacer efecti-

5 Díez-Picazo, Luis. Op. Cit.
6 Moisá, Benjamin. Op. Cit.

vo su goce por todos los habitantes y posibilitar de esa manera, el cumplimiento de los demás fines del Estado.

De esa cuenta, se puede distinguir dos tipos de restricciones a la libertad: los límites y las limitaciones. Los límites de la libertad son los márgenes intrínsecos, naturales, propios o inmanentes de la libertad; y las limitaciones a la libertad son restricciones extrínsecas a ella, esto es, impuestas desde afuera por un poder ajeno a la voluntad del sujeto (i.e. intervencionismo estatal y contratos de adhesión).

De los contratos de adhesión

Uno de los efectos de la producción en masa, fue la aparición de la comercialización a gran escala y, de ello, la contratación también en masa. El volumen de operaciones de negocios y la dinámica impuesta por ellos convirtieron, en cierta manera, en ineficaz el sistema clásico de los contratos, provocando la migración de la contratación negociada hacia la contratación en masa, cuya principal herramienta son las condiciones generales de contratación.

Los contratos por adhesión son aquellos "cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por una de las partes, sin que la otra pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar."[7] Visto de otra forma, mientras que en los contratos por negociación las partes gozan de la más amplia libertad de conclusión y de configuración, en los contratos por adhesión una o algunas de las partes carecen de libertad de configuración, e incluso, en ciertos casos, de conclusión, debiendo someterse a los designios del predisponente.

Dentro de los contratos por adhesión se puede distinguir los simples de los necesarios. En los simples, el adherente mantiene la libertad de conclusión, pues se contrata sobre bienes o servicios que no son indispensables y que, en el mejor de los casos, son sólo apetecibles para mejorar el nivel de vida (i.e. telefonía celular, televisión por cable, automóviles, etc.). En los contratos por adhesión necesarios, la situación se vuelve más difícil, ya que el adherente carece de toda libertad contractual, pues se contrata en condiciones generalmente monopólicas u oligopólicas sobre bienes o servicios imprescindibles para una vida digna (i.e. suministro de agua potable, energía eléctrica, transporte público, etc.).

De lo anterior se desprende que la tendencia actual para determinar si los contratos de adhesión limitan o no la autonomía de la voluntad (y con ello la libertad y la igualdad) va a depender en gran manera del bien o servicio objeto del contrato, si es o no de primera necesidad, toda vez que, de tratarse de un bien o servicio de primera necesidad, lo que era una mera limitación a la libertad del adherente puede convertirse en vicio de la voluntad por ausencia absoluta de libertad.

Conclusión

Es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la justicia, la seguridad y la libertad; valores que constituyen la base para el desarrollo integral de las personas y que son el fundamento de la dignidad humana.

El ser humano actúa movido por la insatisfacción de su estado actual, en procura de su felicidad, buscando satisfacer sus necesidades que le permitan un mejor estado de vida y de esta forma desarrollarse integralmente.

Así las cosas, el medio utilizado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades es el contrato, por el cual se pueden adquirir bienes o servicios, que le permitan mejorar su estado de vida. El fundamento o base de la contratación lo constituye la autonomía de la voluntad, que presupone, es decir, tiene como antecedente lógico, la libertad y la igualdad de las personas que, como se indicó, son valores que fundamentan la idea de dignidad humana. Es en cada contratación que se pone de manifiesto y se patentiza el reconocimiento de la libertad y la igualdad,

7 Artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario (Decreto No. 006-2003 del Congreso de la República).

de ahí la estrecha relación entre los derechos fundamentales de la persona (derechos humanos) con la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, la libertad no puede ser absoluta, debe tener sus límites pues, son éstos los que permiten en última instancia que todos los habitantes gocen de libertad. No obstante lo anterior, la libertad también tiene limitaciones, que como se indicó, son heterónomas y, específicamente en el ámbito contractual, esas limitaciones vienen en gran medida dadas por el intervencionismo estatal y por los contratos de adhesión. Como se indicó, en los contratos de adhesión necesarios, el adherente carece de toda libertad contractual, pues se contrata en condiciones generalmente monopólicas u oligopólicas sobre bienes o servicios imprescindibles para una vida digna, por lo que, una mera limitación a la libertad del adherente puede convertirse en vicio de la voluntad por ausencia absoluta de libertad, situación que puede llegar a conculcar los derechos fundamentales del hombre.

Lo expuesto anteriormente, pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre la autonomía de la voluntad, los contratos de adhesión y los derechos humanos. Asimismo, se puede decir que la producción y el intercambio masivo de bienes y servicios, resultado del desarrollo y evolución económica mundial, han impuesto nuevas técnicas negociales acordes con los cambios producidos, de donde se desprende que los contratos de adhesión no son un fenómeno negativo sino necesarios para el tráfico comercial.

Bibliografía

1) Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil I. Introducción y Porte General.* Decimoséptima edición. Editorial Edisofer, S.L. Impreso en Madrid, España.

2) Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Quinta edición. Editorial Civitas. Impreso en Madrid, España, en 1996. Volumen Primero.

3) Martínez Gálvez, Arturo. *Derechos humanos y el Procurador de los Derechos Humanos.* Editorial Vile. Impreso en Guatemala, C.A. en 1990.

4) Moisá, Benjamín. *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual.* Editorial Zavalia. Impreso en Buenos Aires, Argentina, en el 2005.

5) Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho.* Décimotercera edición. Editorial Temis. Impreso en Bogotá, Colombia, en el 2003.

6) Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general de los actos y negocios jurídicos.* Tercera edición. Editorial Temis. Impreso en Bogotá, Colombia, en 1987.

7) Pacheco Gómez, Máximo. *Teoría del Derecho.* Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile. Impreso en Colombia.

8) Rezzónica, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos.* Editorial Astrea. Impreso en Buenos Aires, Argentina, en 1999.

9) Sagastume Gemmell, Marco Antonio. *Introducción a los derechos humanos.* Octava edición. Editorial Fénix. Impreso en Guatemala en el 2007.

Leyes consultadas

1) Constitución Política de la República de Guatemala;

2) Código Civil (Decreto-Ley No. 106);

3) Código de Comercio (Decreto 2-70 del Congreso de la República);

4) Ley de Protección al Consumidor y Usuario (Decreto 006-2003 del Congreso de la República).

Equidad y Derecho en Guatemala: Reflexiones con ocasión del arbitraje[1]

Por: Lic. Juan Pablo Gramajo Castro[2]

Mediante un acuerdo de arbitraje "las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"[3], pudiendo ser árbitros "las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles"[4] pero "No podrán ser nombrados árbitro los miembros del Organismo Judicial"[5]. Es decir, las partes en ejercicio de su autonomía privada sustraen la resolución de una determinada controversia del conocimiento de la autoridad judicial ordinaria y, entonces, en lugar de que la resuelva un juez, le atribuyen poder a otra persona para decidir la controversia. Los árbitros pueden resolver aplicando normas legisladas, pero también existe "El arbitraje de equidad ('*ex aequo et bono*'), también llamado amigable composición", en el cual "los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo 'en conciencia' o 'según su leal saber y entender'"[6]. La ley reconoce fuerza ejecutiva a las decisiones del tribunal arbitral (llamadas 'laudos'), y aplica el poder coercitivo del Estado para hacerlos cumplir, pudiendo en ese sentido decirse que el laudo llega a constituir 'fuente de Derecho': en el sentido muy concreto de que se convierte en una norma jurídicamente reconocida cuyo cumplimiento se hace obligatorio, coercible, para las partes; pero se trata de normas individualizadas, similares a los contratos, originadas como lo están, en efecto, sobre el contrato de arbitraje, basado y dependiente sobre la disponibilidad de materia que posean las partes.

La interrogante que da título al presente trabajo quizá resulte para algunos, cuando menos, extraña o de respuesta obvia, cuando no tal vez innecesaria, absurda o tonta. Sin embargo, el motivo que me lleva a planteármelo es el siguiente: que parece existir una idea común difundida según la cual el arbitraje de equidad es deseable en cuanto que libera a las partes de tener que someterse a una normativa legal que resulta inadecuada para sus expectativas de una solución justa, buena, satisfactoria, práctica, adecuada a los hechos y necesidades de su controversia específica. No puede ignorarse que el trasfondo de esta percepción conlleva una visión de crítica y desconfianza hacia la norma legislada y, en la medida en que se exalta la opinión favorable al arbitraje de equidad, implícitamente se configura a este método alternativo de solución de controversias como una sustracción

1 Adaptación de un trabajo originalmente presentado en el curso de Métodos Alternativos de Solución de Controversias, impartido por el Lic. Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano en la Maestría de Propiedad Intelectual de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 13 de marzo de 2009.

2 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, egresado cum laude de la Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín (2009). Actualmente cursa la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Instituto de Derecho Mercantil. Ha sido catedrático auxiliar de los cursos de Derecho Romano y Lógica Jurídica en la Universidad Francisco Marroquín.

3 Ley de Arbitraje, Decreto 67-95, artículo 4, numeral 1.

4 *Ibid.*, artículo 14, numeral 1.

5 *Ibid.*, numeral 3.

6 *Ibid.*, artículo 37, numeral 1. También en Guatemala resuelven "conforme a su leal saber y entender" los jurados que, en materia de emisión del pensamiento, se limitan a declarar la existencia o inexistencia de delitos o faltas, regulados en el Capítulo III de la Ley de Emisión del Pensamiento.

del conflicto no sólo de la justicia ordinaria, sino también del ordenamiento jurídico nacional, con lo cual no es aventurado suponer que subyace latente un fracaso tanto de la administración de justicia como del mismo derecho positivo guatemalteco. Quizá parezca exagerado lo que acabo de escribir, pero considero real la posibilidad de que, en el fondo, sea ese el caso, y esa mera posibilidad nos dice mucho sobre nuestra idea de lo que son en sí el Derecho, la Ley, o, al menos, de la noción generalizada al respecto. De esta manera, la constatación de este problema nos debe apremiar hacia una revisión serena, profunda y seria de nuestro pensamiento jurídico, de nuestro modo de ver, considerar y manejar el Derecho, evaluación reflexiva que se revela incluso como de suma relevancia y necesidad vital para el jurista, su sociedad y su época, en búsqueda de una identidad que les defina como superantes de un abanico de posturas teóricas y existenciales que no han dado respuesta a las interrogantes planteadas por la dignidad de su ser perfectible, tendiente al bien y la felicidad.

Este trabajo se propone simplemente colocar sobre la mesa de discusión, esbozar en forma general y básica, algunas ideas, propuestas y líneas de reflexión, dentro de esa revisión que se atraviesa en nuestro tiempo y espacio, la cual de ninguna manera las presentes líneas pretenden agotar ni mucho menos resolver. Es, desde luego, una empresa con mucho carácter teórico, filosófico, pero bajo el convencimiento de que no existe nada más práctico que una buena teoría; que el obrar humano, el quehacer del jurista, están ineludiblemente condicionados por una determinada postura teórico-filosófica que la fundamenta, aun cuando ésta no se articule de modo explícito y consciente. Es más, pienso que es precisamente una postura filosófica, la del positivismo formalista, la que está en las raíces del problema que motiva nuestra discusión.

Para mostrar ese carácter práctico y actual de los temas que vamos a considerar, se llevará el análisis de los mismos hacia su reflejo sobre la legislación positiva guatemalteca, mostrando cómo ésta puede considerarse de un modo distinto al que tradicionalmente ha generado el problema expuesto, y finalizará el documento con la exposición y comentario de un caso concreto de la vida real, en que no sólo se ponen de manifiesto las ideas que se hallan en el trasfondo de esa actitud generalizada que hemos descrito, sino también sirve como punto de partida para la ejemplificación y comprensión de algunas de las ideas que en este escrito se propondrán.

La equidad

En opinión de Wenceslao Roces, los romanos designaban la justicia propiamente como *aequitas*, la cual es también un deber de carácter ético, pero cuya principal aplicación se da en el ámbito jurídico. La *aequitas* así entendida opera, para los juristas romanos, como factor de crítica del derecho vigente (entendiendo que no todo derecho que rige es de por sí justo), y como principio de interpretación del derecho. En efecto, para los profesores Bernal y Ledesma, "La equidad, en latín *aequitas* o *aequus*, alude a la necesaria adecuación que el derecho tiene que lograr al aplicarse al caso concreto"[7]. Los juristas obtenían las soluciones buscadas "apoyándose en la justa razón, expresada en los postulados del derecho natural y en los convencionalismos de su época [...]. El pretor no duda ni por un momento en sacrificar los rigores del viejo y estricto *ius civile* para beneficiar al derecho con la aceptación de la equidad (...). En la técnica de los clásicos encontramos que lo razonable y equitativo, a la luz de la conciencia del jurista que forja el derecho, tiene un sitio preponderante. De ahí la perennidad y universalidad del derecho romano (...). Los romanos, empero, no perderán nunca de vista el bienestar del pueblo, *utilitas*, y en última instancia, la razón natural y la justicia, en la formación del derecho"[8].

Ya Aristóteles lo explicaba en relación con el carácter general y abstracto de las leyes escritas:

7 Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*. Páginas 37 y 38.

8 *Ibid*. Páginas 186 a 188. Para observar el despliegue práctico, vivencial, de la equidad en la aplicación del Derecho en la técnica jurídica de los clásicos, véanse ejemplos en: Digesto 16.3.31pr; 16.3.31 1, 2.14.1, 4.4.1; 12.4.3.7; 13.5.1; 15.1.11.1; 37.5.1; 38.8.2; 38.16.1.4, 41.1.9.3; 43.26.2; 47.4.1.1; 49.15.19.

"lo equitativo es justo, pero no lo justo que está de acuerdo con la ley escrita, siendo en realidad una corrección de la justicia legítima. La razón de esto es que toda ley es universal, pero sobre algunas cosas no es posible establecer ninguna afirmación universal que sea exacta. En los casos en que es necesario expresarse universalmente, pero imposible efectuarlo correctamente, la ley considera el caso usual, aunque no ignora la posibilidad de error. Y no por eso es menos exacta, porque el error no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que la materia de los asuntos públicos es de esta naturaleza desde su origen. Cuando la ley habla universalmente, y surge un caso que no está comprendido en ella, entonces es justo, cuando el legislador omitiere algo, y cometiere error debido a su carácter de universalidad, corregir la omisión, expresar lo que el legislador hubiere expresado de haber estado presente, incluyéndolo en la ley, de haber previsto el caso. De aquí que lo equitativo sea justo, y mejor que un género de justicia; no digo que sea mejor que la justicia absoluta, sino mejor que el error que surge de la universalidad de su alcance. Y esta es la naturaleza de lo equitativo: corrección de la ley donde ella es defectuosa debido a su universalidad. Efectivamente, esta es la razón debido a la cual no está determinado todo por la ley, es decir, que sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de manera que se requiere decretos especiales. Porque cuando la cosa es indeterminada, también la ley lo es, como regla de plomo empleada para las molduras lesbias; como la regla no es rígida, se adapta a la forma de la piedra; también es así como el decreto se adapta a los hechos"[9].

En el procedimiento civil romano, las acciones podían clasificarse, según la extensión de los poderes que la fórmula concede al juez en cuanto a cómo debe valorar la pretensión, como acciones de buena fe (*bonae fidei*) si el juez puede escuchar las razones de equidad alegadas por las partes, y está facultado para decidir según ello, en buena fe; o de estricto derecho (*stricti iuris*) si el juez debe limitarse a decidir si la pretensión del demandante está fundamentada en el *ius civile*, sin atender a la equidad de la sentencia.

La autora Louzán de Solimano[10] rechaza la opinión antes común de que la *aequitas* romana se identificaba con la *epieicheia* griega (adaptación de normas al caso concreto), "sino que fueron más allá, puesto que, desde casi tres siglos antes de la era cristiana, directamente no aplicaron las rígidas normas del *ius civile* cuando las consideraron 'inicuas'. (...) Ahora bien, ¿cómo puede explicarse, entonces, que esta posibilidad de derogar el derecho no fuese considerada por los romanos como ilícita o antijurídica?"[11]. El desarrollo histórico de la relación entre *ius* y *aequitas* que traza la citada autora, podemos resumirlo así[12]:

- En la época republicana, la *aequitas* era distinta del *ius*: la opinión común es que el *ius* tiende a realizar el orden social, y la *aequitas* procura la realización de la igualdad social. Pero no es posible que la *aequitas* desconociera las exigencias del *ius* de orden, jerarquía y disciplina.

- Desde Cicerón, es posible que se haya elaborado el concepto de *aequitas* como abstracción basada en la praxis de juzgar ecuo o inicuo el *ius* en su confrontación con situaciones reales y concretas. Es probable que dicha estimación se hiciera en función del paso del tiempo, es decir, considerando el envejecimiento del derecho positivo aplicable, vinculando la consideración de ecuo o inicuo con la actualidad de la norma aplicable al caso.

- Bajo influencia de la filosofía griega, se elaboran tres principios afines:
  - *Bonum*: el fin moral del ordenamiento.
  - *Aequitas*: la finalidad de igualdad en el tratamiento de los sujetos.
  - *Iustitia*: la unidad de ambos fines.

- En la época clásica se estima que la equidad es la manifestación de la justicia.

9 Aristóteles. Ética a Nicómaco, V, 11, en *Obras Filosóficas*. Páginas 231 y 232.

10 Véase Louzán de Solimano, Nelly Dora. La *Aequitas*, en *Revista Jurídica Aequitas Virtual*.

11 *Ibid*. Página 2.

12 Cfr. *Ibid*. Páginas 2 a 4.

- En la época posclásica, el emperador Constantino reafirma el predominio de la razón de justicia y de equidad por sobre la de estricto derecho. En las postrimerías de esa época, la *aequitas* se hace consustancial con el derecho natural, y con el advenimiento del cristianismo se hace expresión de los conceptos de *benignitas, humanitas, pietas* y *caritas*.

- En la época justinianea, *ius* y *aequitas* no son conceptos distintos ni mucho menos contrapuestos, sino íntimamente compenetrados: *aequitas* no está contrapuesta al derecho positivo, sino que es el mismo derecho positivo. Encuentra en la formulación de Celso, *ius est ars boni et aequi*, su exacta y definitiva expresión.

Así, expone la autora diversas nociones de equidad[13]:

- Filosofía griega: alteración de la ley en un caso concreto.

- Jurisprudencia romana: moderación del rigor de la ley por causas éticas, políticas, o culturales.

- Patrística: moderación por causas o motivos de caridad y misericordia.

- Escolástica: justicia supralegal, es decir, la justicia de lo especial y de lo excepcional.

- Ciencia jurídica moderna: interpretación de la ley, caracterizada por un máximo de libertad y flexibilidad.

- Jusnaturalismo contemporáneo: justicia ideal o natural, o derecho justo.

- Jurisprudencia anglosajona: cuerpo especial de la norma jurídica consuetudinaria, caracterizado por proceder de determinados órganos jurisprudenciales y no del legislador ordinario.

Explica Norberto Bobbio, en su obra 'El Positivismo Jurídico'[14], que con la formación del Estado moderno, el juez pasó de ser fuente principal del Derecho a convertirse en un órgano estatal subordinado al poder legislativo, encargado de aplicar fielmente, mecánicamente, las normas establecidas por la legislatura. Sobre las bases del positivismo jurídico, así como la costumbre no puede derogar la ley, tampoco puede hacerlo el juez en sus sentencias. Así, el poder judicial tampoco es fuente de calificación jurídica, sino únicamente fuente delegada en algunos casos.

En algunos ordenamientos jurídicos se admiten los llamados juicios de equidad, entendidos concretamente como juicios en los que no se aplican normas jurídicas positivas preexistentes (legislativas o, en su caso, consuetudinarias). En el juicio de equidad el juez decide en conciencia o según su propio sentimiento de justicia, aunque en cierto sentido puede decirse que decide aplicando normas de Derecho natural si se concibe a éste como un conjunto de reglas preexistentes. En ellos el juez se convierte en fuente de Derecho, pero siempre subordinada porque únicamente decide en equidad en la medida y dentro de los límites que la misma ley se lo autorice.

A veces se habla de la equidad como 'fuente de Derecho' pero no en el sentido técnico-jurídico de hechos o actos con idoneidad o capacidad reconocida de producir normas jurídicas (fuente en sentido formal), sino en un sentido que Bobbio denomina filosófico, en el que 'fuente' es sinónimo de 'fundamento', es decir, como principios que determinan no la validez sino el valor de la norma.

La doctrina distingue tres tipos de equidad:

- *Sustitutiva*, que se da cuando el juez establece una regla que suple la falta de una norma legislada.

- *Integradora*, que se da cuando la norma legislada existe pero es demasiado genérica y no define con precisión todos los elementos oportunos o efectos jurídicos. En este caso la equidad completa lo que falta a la norma.

13 Cfr. *Ibid.* Página 5.

14 Véanse páginas 169 a 186, donde expone lo que arriba en parafrasis resumimos, como parte de su capitulo sobre la doctrina iuspositivista de la ley como única fuente del Derecho.

- *Interpretativa*, que se da cuando la norma legislada existe y está completa, pero el juez define su contenido con criterios de equidad.

La doctrina iuspositivista acepta la equidad sustitutiva y la integradora, pero no la interpretativa.

La equidad en el derecho positivo guatemalteco y comparado

Por su profundo significado histórico y la influencia que posteriormente tuvo sobre el Derecho en general como modelo del movimiento codificador, resulta de mucho interés iniciar esta parte de nuestra exposición haciendo referencia al artículo 9 del libro preliminar del proyecto que se convertiría luego en el famoso Código de Napoleón[15]. Dicho artículo establecía que "En las materias civiles, el juez, a falta de leyes precisas, es un ministro de la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural y a los usos adoptados en el silencio de la ley positiva".

El Consejo de Estado eliminó ese artículo del texto definitivo del Código napoleónico. La existencia de ese artículo en el anteproyecto demuestra que la intención original de los redactores de la célebre codificación no era la de consagrar lo que la doctrina llama los dogmas de la omnipotencia del legislador y de la plenitud del ordenamiento jurídico, típicas posturas del positivismo jurídico: el dogma de la omnipotencia del legislador implica a su vez el de la plenitud del ordenamiento jurídico, según el cual no existen lagunas en la ley y, en caso de insuficiencia, oscuridad o silencio, la solución debe extraerse de la misma ley (autointegración) sin recurrir a fuentes externas y ajenas a la ley (heterointegración).

No fue el Código de Napoleón, sino sus intérpretes, quienes consagraron esas posturas. El artículo 4 del Código establecía que "El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia". El mismo Portalis (de fundamental influencia como miembro de la comisión redactora del Código) declaraba la intención de los redactores en un discurso al presentar el proyecto ante el Consejo de Estado, en que expresamente dice cosas, tales como que "una gran cantidad de cosas son, por tanto, abandonadas al imperio del uso, a la discusión de los hombres cultos, al arbitrio de los jueces. [...] a falta de texto preciso sobre cualquier materia, un uso antiguo, constante y bien establecido, una serie no interrumpida de decisiones similares, una opinión o una máxima adoptada, tienen valor de ley. [...] si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita". La intención de los redactores del Código al establecer el artículo 4 era evitar que los jueces se abstuvieran de resolver, y con el artículo 9 dejaban la puerta abierta al poder creador del juez; al eliminar el artículo 9, los intérpretes entendieron el artículo 4 en el sentido de que se prohibía la heterointegración del Derecho, con lo cual se fundamentó la escuela de la exégesis, según la cual el Código contiene en sí las soluciones a todo caso futuro posible, debiéndose fundar las resoluciones en la intención del legislador.

En Guatemala, el Código Civil de 1877 estableció en su artículo 2430 que "En los casos á que no pudieren aplicarse las reglas de interpretacion precedentes, se interpretaran los pasajes oscuros ó contradictorios del modo que mas conforme parezca al espíritu jeneral de la lejislación y a la equidad natural"[16]. Comentando sobre la interpretación de las leyes, la Exposición de

15 Para lo que sigue, véase la exposición que hace Norberto Bobbio sobre la historia del Código de Napoléon como parte de los orígenes del positivismo jurídico en Francia, en su obra El *Positivisma Jurídica*, páginas 79 a 103. Véase, además, la síntesis y comentario de esos pasajes en Gramajo Castro, Juan Pablo. *La Técnica Jurídica del Derecha Ramano Clásica* y su *Perenne Actualidad*. Página 290.

16 Las reglas precedentes a que se refiere la norma citada son las directrices especificas que sobre interpretación de las leyes establecían los artículos 2425 a 2429 del Código, pero no debe olvidarse la norma general contenida en el artículo 18 del título preliminar del mismo cuerpo normativo: "18. Los Jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: 1°. al espíritu de la ley: 2°. á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3°. á los principios generales del derecho, sin perjuicio de dirigir por separado las correspondientes consultas, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran". Esa norma es antecedente del actual artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial.

Motivos del Código Civil de 1877 (también conocida como Prólogo de Montúfar) hace referencia también de alguna manera a esa "previsión limitada" del legislador que mencionaba Portalis, cuando expresa: "La interpretacion tiene por fin averiguar el verdadero sentido de la ley, esto es: el propósito, la mente del lejislador. (...) No es posible ademas que quien forma un Código, ya sea un hombre solo ya sean muchos, tengan presente siempre todas las circunstancias accidentales contenidas en millares de articulos. Facil es la coherencia absoluta en todas las circunstancias que forman la báse de un sistéma. No lo es en todos los detalles y accidentes de un Código. Si la hubiera dejarian las leyes de ser producto de la falible inteligencia humana. (...) La falibilidad humana, la falta de absoluta exactitud en los idiomas, el diferente modo de comprender un mismo concepto distintas personas, dan lugar á dudas, á controversias que es preciso resolver"[17]. Se ve, entonces, que el Código Civil de 1877 daba cabida a la llamada equidad natural, al menos como criterio o fuente supletoria ante la inaplicabilidad de los criterios de interpretación legalmente establecidos.

En la Ley del Organismo Judicial actualmente en vigor, Decreto 2-89, la equidad tiene una historia tan interesante como desconocida, para enterarnos de la cual ha sido preciso desempolvar archivos legislativos que nos ponen ante un fascinante episodio de lo que pudo haber sido en el derecho guatemalteco: el anteproyecto de Ley del Organismo Judicial que en su momento presentó la Corte Suprema de Justicia buscaba introducir en nuestro ordenamiento jurídico una innovación sin precedentes, que fue aprobada (con modificaciones) como artículo 14 del Decreto 2-89, mismo que jamás llegaría a entrar en vigor, pues durante su *vacatio legis* fue abortado por el artículo 2 del Decreto 75-90, que lo suprimió. Ese artículo fue en su momento quizá el más discutido de la iniciativa, y pudiera haber variado significativamente el desarrollo de la vida jurídica nacional[18].

La propuesta original de la Corte Suprema de Justicia decía:

> "Artículo 15. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas; las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

La Exposición de Motivos del Anteproyecto menciona que "Se establece la posibilidad de ponderar la equidad en la aplicación de las normas"[19]. Sin embargo, al utilizar el verbo 'habrá', la redacción de la norma propuesta más bien establece la ponderación de la equidad como obligatoria, y no como simple 'posibilidad'[20], atribuyéndole así a la ponderación de la equidad el carácter de norma general para la aplicación de la ley, vale decir, la erigía en uno de los criterios primarios del derecho guatemalteco. Sin embargo, la Comisión Legislativa varió la propuesta, para despojarla de dicho carácter y dejarla únicamente como criterio de aclaración en caso de oscuridad de la ley, es decir, dándole un carácter más bien secundario, restringido:

> "Artículo 13 (bis): *(Equidad)*. Cuando conforme el inciso 4°. del artículo 10, fuere el caso de hacer aplicación de equidad en una decisión de cualquier naturaleza, las decisiones sólo podrán descansar en ella de manera exclusiva cuando la ley expresamente lo permita".

El Dictamen de la Comisión Legislativa que tuvo a su cargo revisar el Anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia, y el discurso que ante el Pleno del Congreso pronunciara el diputado Jorge Skinner Klee durante la discusión de la iniciativa, nos dan noticia de los motivos que guiaron algunas de las modificaciones que se introdujeron al anteproyecto; y es precisamente al artículo sobre la equidad al que dan relevancia de primero: "Conviene indicar que en cuanto a los Preceptos Fundamentales hubo algunas

17 Montufar, Salazar, Pujol, Murga. *Informe de la Comisión Codificadora al Señor Presidente de la República*. Páginas LXXVII a LXXIX.

18 Para este párrafo y lo que sigue, vease Gramajo. Ob. Cit. Página 640.

19 Corte Suprema de Justicia. *Proyecto de Ley del Organismo Judicial*. Página 8

20 Véase Gramajo. Ob. Cit. Página 646.

discrepancias de criterio con la propuesta en la Iniciativa de la Corte Suprema. Por ejemplo, la Corte Suprema propuso que hubiese un Artículo que indicase que en la aplicación de la norma ponderase la equidad, pero la Comisión consideró que esta era solución muy atrevida que en la práctica podría permitir a quienes aplican la ley separarse de su texto so pretexto de consultar la equidad. Así, se estimó que en aquellas ramas del Derecho en las cuales los Jueces tienen cierta latitud de acción, el ejercicio de esta norma podría conducir a un alejamiento absoluto de la regla legal, como sucedería, por ejemplo, en el Derecho Laboral y en el de Familia, en donde por ley existe la obligación de tutelaridad. La Comisión entendió la intención de esta propuesta y aunque en el fondo simpatiza con el deseo de modernizar y de, si se quiere, acelerar la evolución jurídica del país, creyó que la modificación de leyes y el cambio de su sentido era tarea que en nuestro sistema corresponde al órgano legislativo y no al judicial, cuya misión es estrictamente la de impartir justicia por lo que no deben introducirse elementos de que puedan hacerla insegura o inestable, ya que las interpretaciones y aplicaciones de las leyes variarían de Juez en Juez y de Tribunal en Tribunal"[21].

El diputado Skinner Klee, por su parte, atribuyó esta y otras tendencias del anteproyecto al entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Edmundo Vásquez Martínez, quien según afirmó hizo un doctorado en España ("y digo esto a sabiendas que el Doctor Vásquez Martínez no lo acepta", aclara Skinner Klee), de donde "don Edmundo trajo ideas y conceptos muy españoles, muy de las nuevas reelaboraciones del Código Civil Español. Esto lo discutimos muchísimo en la Comisión, porque sentimos que habían preceptos que se proponían, que no cabían en Guatemala, que aun en España van a dar problemas, y leyendo la literatura, encuentro que ya los están dando"[22]. Refiriéndose en concreto al artículo sobre la equidad, indicó que "por ejemplo, se proponía en el proyecto de la Corte Suprema, en la aplicación de la norma, el Juez tiene la obligación de ponderar la equidad. Esto le da permiso al Juez de dejar la ley a un lado y de resolver con equidad. La equidad tiene un lugar en los tribunales, es importante en el Derecho Mercantil, y es fundamental, es un arbitraje de equidad pero dentro de nuestro sistema jurídico, donde entendemos que la evolución de las leyes está en manos, no de los tribunales sino del Órgano Legislativo. MIREN, esto es fundamental, los tribunales de Guatemala no hacen, porque nunca la han hecho, una labor de creación e integración del Derecho; esa labor la hacemos nosotros los Diputados, o aún los órganos legislerantes irregulares de los regímenes de facto, que se vuelven Órganos Legislativos; entonces no hay necesidad de darle esa autorización peligrosa a los jueces. Supongamos un caso de despido, porque esto se vuelve muy claro en el Derecho del Trabajo, donde un empleador despide a un trabajador con causa justificada, y el juez dice, no, no es equitativo lo que hizo el empleador, por lo tanto lo condeno contra leje, estos leje, ele, leje e [*sic*], esto en Guatemala todavía no llega, quizá lleguemos a ello, pero no debemos interrumpir la evolución de nuestro sistema jurídico. Por ahora, en el '[hoy]' y en el 'ahora', los legisladores somos nosotros"[23].

Con redacción prácticamente igual a la propuesta por la Comisión, pasó este artículo a ser el 14 del Decreto 2-89, hasta ser suprimido por el artículo 2 del Decreto 75-90 cuya Exposición de Motivos dice que "La reforma propuesta al artículo 10 del Decreto 2-89 y la supresión del artículo 14, evitan que al interpretarse la ley, la equidad pueda ser fundamento único para aclarar los pasajes obscuros de una norma"[24]. Se ve, entonces, que la equidad no queda enteramente excluida de nuestro ordenamiento jurídico, sino

21 Congreso de la República de Guatemala. *Dictamen de lo Comisión de Legislación y Puntos Constitucionoles: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene la Ley del Orgonismo Judiciol*. Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093. Folios 4 y 5.

22 Congreso de la República de Guatemala. *Diorio de Sesiones. Periodo Ordinario 1988-89. Tomo V*. Sesión Ordinaria Número 105. Jueves 3 de noviembre de 1988. Página 18.

23 *Ibid*. Páginas 18 y 19. Las mayúsculas enfáticas son del original.

24 Congreso de la República de Guatemala. *Dictamen de lo Comisión de Legislación y Puntos Constitucionoles: Dictamen y Proyecto de Decreto que contiene reformos a lo Ley del Orgonismo Judiciol, contenida en Dtos. 2-89 y 64-90 del Congreso de lo Repúblico*. Presentado el 6 de diciembre de 1990. Registro 692. Folio 1.

únicamente se proscribe la posibilidad de que sea fundamento único, exclusivo, de interpretación.

Sobre la equidad interpretativa, es de vital interés observar lo que dice al respecto el autor Norberto Bobbio[25]: según la doctrina iuspositivista, la equidad interpretativa no es admisible, y para confirmarlo dicho autor cita las disposiciones del Código Civil italiano que, al establecer los criterios de interpretación, no prevé el recurso a la equidad, sino únicamente el criterio literal, analógico, y principios generales del ordenamiento jurídico del Estado. Sobre el Código italiano anterior, añade que algunos estudiosos consideraban que podía referirse a la equidad cuando autorizaba el recurso a los principios generales del Derecho (aunque dicha opinión no tuvo mucho éxito, señala Bobbio).

En Guatemala, en cambio, el artículo equivalente al que Bobbio comenta (que es el 10 de la LOJ[26]) sí hace referencia, en su inciso d), tanto a la equidad como a los principios generales del Derecho (que no a los 'del ordenamiento jurídico del Estado'), de donde cabe concluir que, en nuestro país, sí está reconocida la equidad interpretativa, y así lo confirma la historia legislativa de la LOJ, según lo expuesto en torno al artículo 14 y su relación con el 10[27]: la equidad interpretativa originalmente se había planteado en una forma mucho más plena y radical para nuestro sistema jurídico; luego se atenuó mediante los cambios que la Comisión Legislativa introdujo a los artículos 12 (ó 13 bis) y 10, haciéndolos interrelacionarse para dejar la equidad en el marco de la integración extra-textual, no ya como criterio de interpretación de la ley siempre y en general. Con todo, aunque disminuida, la equidad interpretativa sigue siendo aceptada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, con lo cual éste trasciende lo que la doctrina iuspositivista tradicional postula al no admitir dicho tipo de equidad.

Al admitir la invocación de la equidad como criterio interpretativo de la ley, nuestro ordenamiento jurídico abre la puerta a lo que los iusromanistas Bernal y Ledesma denominan el *bonum et aequum* dentro de la utilización de argumentos abiertos en la técnica jurídica[28]. En el derecho guatemalteco, la equidad no tiene una función meramente supletoria o sustitutiva, a falta de ley aplicable, sino que la misma ley en su aplicación admite ser aclarada y adaptada al caso concreto mediante criterios de equidad[29].

---

25 Véase la exposición que hace Bobbio sobre la ley como única fuente del Derecho, en páginas 169 a 186 de su obra *El Positivismo Jurídico*. Para lo que sigue, véase también Gramajo. Ob. Cit. Página 696.

26 La redacción actualmente en vigor del artículo 10 proviene de la reforma que le hizo el artículo 1 del Decreto 59-2005, el cual reincorpora a su texto el antecedente que era el artículo XIV del Decreto 1862, el cual no había figurado ni en el anteproyecto ni en la LOJ:

"**Artículo 10. Interpretación de la Ley.** Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

"El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente:

"a) A la finalidad y al espíritu de la misma.

b) A la historia fidedigna de su institución.

c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones analogas.

d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho"

27 Por otro lado, lo que la doctrina llama *analogia iuris* puede considerarse incluida en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, en la medida en que la misma hace referencia no –o no sólo– a los principios generales *del ordenomiento jurídico*, sino a los *del Derecho*, cosa de cierta importancia.

28 Véase Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*. Página 189.

29 Véase Gramajo. Ob. Cit. Página 728. Otras disposiciones del derecho guatemalteco en que encontramos referencias específicas a la equidad son las siguientes:

Código de Trabajo: Artículo 15 Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del Derecho de Trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de Derecho común. / **Artículo 20.** El contrato individual de trabajo obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino: (…) b) A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley.

Código Procesal Penal: Artículo 25 Bis. Requisitos. Para aplicar el criterio de oportunidad en los numerales del 1 al 5 establecidos en el artículo 25, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. / **Artículo 552 bis. Juzgados de paz comunitarios.** (…) Dichos jueces resolverán por mayoría, previa deliberación, y ejercerán su competencia en

En cuanto atañe a nuestra materia concreta, una búsqueda del término 'arbitraje de equidad' en jurisprudencia guatemalteca nos ha llevado a encontrar el caso que más adelante expondremos y comentaremos y, aparte de él, únicamente merece cita un comentario más o menos incidental, pero de interés y posible importancia, vertido por la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Amparo en la parte considerativa de su sentencia de 14 de marzo de 2005[30]: "...el arbitraje de equidad se basa en la justicia distributiva, en la igualdad, en la proporcionalidad y moderación en la aplicación de la ley".

Por otra parte, la norma del Código Civil español en que se basaba la propuesta original de la Corte Suprema de Justicia en el anteproyecto ya citado, es el artículo 3.2 de dicho cuerpo normativo, que establece:

> "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

Se ve que, en efecto, corresponde casi a la letra con la redacción que el anteproyecto de Ley del Organismo Judicial proponía para nuestro país. Interpretando este artículo, el Tribunal Supremo Español ha expuesto los siguientes criterios:

- "La equidad no resulta aplicable cuando de los textos legales se deduzca claramente la resolución de los puntos en litigio, requiriendo por tanto la equidad una ponderación sumamente prudente y restrictiva"[31].
- "...el principio de la equidad, (...) es supletorio de la aplicación de las leyes, y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal..."[32].
- "...la equidad, a la que se refiere dicha norma, no puede fundamentar una resolución, a no ser que la propia Ley se remita expresamente a ella..."[33].
- "...no es, en nuestro Ordenamiento positivo, la equidad sino un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética pueda fundar, por sí solo, una resolución judicial (...). La discutida figura de la 'aequitas' incorporada por vez primera en forma directa y nominativa a nuestro Código Civil por la reforma en él introducida por la Ley 3/1973, de 17-3, aparece como una forma, procedimiento, o, si se prefiere, elemento de interpretación a la vez que corrector de la generalidad de la Ley, función o actividad que el citado precepto y número encomiendan a los tribunales, razón por la cual el criterio mantenido tanto en la primera como en la segunda instancia en orden a dicho aspecto, ha de prevalecer, no pudiendo tener acceso a la casación más que cuando fuere arbitrario o desorbitado..."[34].

Para el tema específico de nuestra materia, es de interés notar que el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 28 de noviembre de 1988, declaró que "En el arbitraje de equidad... los árbitros han de responder según su leal saber y entender constituyendo, desde el plano sustantivo, uno de los supuestos excepcionales a que indirectamente se refiere el art. 3.2 CC cuando al hablar de la equidad en la aplicación de

---

la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y resolverán con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ello fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes. La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

30 Expediente S92-2002.

31 Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1995, 8 de febrero de 1996, 10 de diciembre de 1997, 29 de diciembre de 1998, 20 de diciembre de 2002, según cita en *Código Civil. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancios. Referencias legales actuolizadas*, de editorial COLEX. Página 32.

32 Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1990, 22 de enero de 1991, S y 14 de mayo de 1993, 10 de diciembre de 1997, 23 de diciembre de 2002, según cita en *Ibid*. Página 33.

33 Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1998, 12 de junio de 1990, 22 de enero de 1991, 8 de octubre de 1992, S y 14 de mayo de 1993, según cita en *Loc. Cit.*

34 Sentencias del Tribunal Supremo de S y 14 de mayo y 6 de julio de 1993, 9 de mayo de 1983, 22 de junio de 1984 y 26 de febrero de 2004, según cita en *Ibid*. Páginas 33 y 34.

las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los Tribunales en el caso de que la ley expresamente lo permita"[35].

Ivs est ars: el derecho como ámbito de la razón práctica; y la vuelta al rigorismo

Habiendo examinado algunas nociones básicas de la equidad, podemos postularla (en general, remitiendo a las matizaciones ya expuestas) como adecuación de la justicia al caso concreto, recordando que ya desde Aristóteles y los antiguos romanos se tenía conciencia de que la ley debe tener un carácter general y abstracto pero que, por eso mismo, no será siempre adecuada del todo al caso concreto. Para comprender mejor el tema, debemos exponer someramente algunos puntos fundamentales de la visión clásica del Derecho (refiriéndonos a la concepción que se hereda desde el derecho romano hasta antes del advenimiento del racionalismo moderno, es decir, la concepción del Derecho en la línea general de lo que algunos autores denominan racionalismo aristotélico-tomista).

La razón humana, siendo una sola, opera sin embargo de dos modos[36]:

- Como razón especulativa o teórica, cuando se trata sólo de conocer. Se limita a aprehender el ser de las cosas. Opera mediante juicios lógicos (si A es igual a B y B es desigual a C, resulta que A es desigual a C).
- Como razón práctica, cuando se trata de obrar. Se trata de conocer la regla de la acción y de aplicarla. Opera mediante juicios prudenciales (supuesta la situación A, lo recto es hacer B).

El Derecho, desde la perspectiva tomista, pertenece al ámbito de la razón práctica, por lo que no cabe hablar de una lógica jurídica, sino únicamente de una prudencia jurídica o jurisprudencia, y esto, junto con el realismo jurídico, se enlaza con el sentido romano de la labor del jurista: encontrar en cada caso la regla de acción, lo justo. "La razón práctica (...) versa sobre conductas, envueltas en circunstancias que son *variables*, pues se trata de la vida misma del hombre. Por consiguiente, las proposiciones con que la razón humana enuncia la ley natural no son totalmente universales porque no contienen todos los casos posibles; por eso admiten excepciones, es decir, casos en los que, por variación de las circunstancias, la regla aplicable es distinta"[37].

Explica Santo Tomás de Aquino que "La razón práctica, en cambio, se ocupa de cosas contingentes, cuales son las operaciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta necesidad, cuanto más se desciende a lo particular tanto más excepciones ocurren. Así, pues, en el orden especulativo, la verdad es la misma para todos, ya sea en los principios, ya en las conclusiones (...). Pero en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino sólo de conocimiento universal (...). Si se trata, en cambio, de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es la misma en todos ni en aquellos en que es la misma es igualmente conocida. (...) Y esto ocurre tanto más fácilmente cuanto más se desciende a situaciones particulares (...). Así, pues, se debe concluir que la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también en algunos casos fallan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscure-

35 Citada en *Ibid* Página 32.
36 Véase Hervada. *Ob. Cit.* Paginas 159 y 160.
37 *Ibid.* Páginas 167 y 168

cida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural"[38].

Nótese que la explicación de Tomás atañe a la generalidad, no ya sólo de la ley escrita, sino también de los principios de la ley natural, y relacionándolo no sólo con el hecho de que un caso no esté previsto en la ley, sino con el carácter contingente de la acción humana: es decir, cabe pensar que, en el desarrollo que hace el Aquinate, no se trata ya sólo de que un caso no esté previsto por la ley escrita, sino de que, por estar cada caso rodeado de circunstancias particulares e involucrar a personas concretas, en cierta forma *ningún* caso está 'realmente previsto' en la ley al modo en que una interpretación mecánica, 'positivista', lo plantearía. No opera tan en blanco y negro el esquema supuesto-hecho-consecuencia, sino que el hecho siempre entraña una realidad concreta y compleja que hace necesario cuestionar su grado de adecuación al supuesto y, con ello, la matización de la consecuencia que éste le asigna, de forma tal que la labor del jurista siempre conlleva necesariamente la integración de criterios más amplios que la mera confrontación del texto legal con la realidad, pues no es la letra de la ley la que crea la realidad, sino más bien es la legislación la que está al servicio de la realidad humana[39].

Con el surgimiento del racionalismo que algunos autores llaman moderno, cartesiano, ingenuo, constructivista, etc., se sientan las bases para la aparición tanto del iusnaturalismo (entiéndase, el iusnaturalismo basado en las nuevas concepciones racionalistas) como del positivismo jurídico (que, si bien es usual referirlos como doctrinas contrapuestas, en realidad y de fondo están más 'emparentadas' de lo que comúnmente se cree). En la doctrina anterior (especialmente la aristotélico-tomista), existe un intento constante de armonizar naturaleza e historia, inmutabilidad esencial y variabilidad accidental, principios y casos concretos. El iusnaturalismo racionalista, en cambio, considera la universalidad y la inmutabilidad del derecho natural con mucha más rigidez que antes: el derecho natural se vuelve ajeno al tiempo y a la historia; una vez descubierta la norma racional y plasmada en un código, estará dado para siempre el derecho que deba regular en forma racional la vida de los pueblos.

El razonamiento propio de la razón práctica se va sustituyendo por un razonamiento especulativo, mediante conclusiones lógicas derivadas unas de otras desde unos primeros principios hasta los más pequeños detalles de la vida social. El logicismo vuelve al derecho ajeno a la vida práctica. En la doctrina clásica, el centro del derecho natural eran los primeros principios; en la doctrina moderna, lo más importante fueron las derivaciones de los principios, que consideraba el sistema de leyes naturales sociales[40]. El iuspositivismo, por su parte, aportó la tendencia de la aplicación mecánica, la interpretación exegética, la autointegración plena, del ordenamiento legislado.

Posterior al racionalismo cartesiano (aunque en sí mismo un pensador muy original) tenemos a Emanuel Kant quien, en lo concerniente a la razón práctica, trata de descubrir los principios *a priori* para guiar la acción. Antes de Kant, el centro de la moral era el bien: una acción es buena o mala según se ordene o no al bien, de tal forma que el criterio de la acción está fuera del sujeto o, al menos, fuera de la conciencia del sujeto. En cambio, según Kant, se debe encontrar un criterio dentro del propio sujeto que sea *a priori*, independiente de toda experiencia. Tal criterio es el deber: la moral kantiana es una moral del deber, no del bien. Considera que la moralidad del acto reside no en su materia (objeto) sino en su forma (la intención, el motivo). La forma *a priori* del obrar humano es el deber, el sentido de la obligación: la acción humana será moral cuando se mueva sólo por la obligación del deber, y no se trata sólo de obrar *conforme al* deber, sino de obrar *por* deber. Al imperativo del deber por el deber le denominó Kant *imperativo categórico*, hecho racional que no se dedu-

38 Aquino, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, I, 2, cuestión 94, artículo 4.
39 Gramajo. *Ob. Cit.* Página 609.

40 Véase Hervada. *Ob. Cit.* Páginas 249ss; Gramajo. *Ob. Cit.* Página 262.

ce de otro hecho. Entendió el deber como una ley que proviene *o priori* de la razón autónomamente (no de un legislador, ni siquiera Dios) y se impone por sí misma a todo ser racional[41]. Aunque quizá no fue lo que Kant se propuso, no es improbable que su forma de ver el obrar humano haya contribuido de alguna manera aunque indirecta a considerar la aplicación de la ley, del deber jurídico, en forma rígida.

En resumen, es razonable afirmar que a través de la historia las corrientes predominantes de pensamiento filosófico y jurídico han llevado a la sustitución de un modelo según el cual la norma jurídica es una regla de conducta considerada en íntima relación con la realidad del hombre y su vida, por otro modelo que mira a la norma más bien como una prescripción de inexorable y rigurosa aplicación, ajena muchas veces a la realidad práctica de la persona y sus circunstancias. Lo interesante del tema es que ambas posturas van ligadas a distintos modos de entender el Derecho más allá de las formas históricas que adopta: antes del racionalismo constructivista, desde luego que también existían normas legisladas, escritas, prolépticas, pero éstas no se miraban como única y exclusiva fuente jurídica, inapelable y ajena a toda consideración fuera de sí misma, sino que estaba abierta a la evaluación crítica en su aplicación mediante criterios que, a su vez, no eran vistos como extra-jurídicos o meta-jurídicos, sino como aspectos inherentes al Derecho en cuanto realidad humana y dominio de la razón práctica.

El problema como uno de aplicación, interpretación e integración del Derecho

Como consecuencia de lo que se expuso en el apartado anterior, así como de la proscripción de la equidad interpretativa que hizo la doctrina iuspositivista, se ha producido que, en la mentalidad jurídica actual, 'equidad' se utilice más como sinónimo de 'en ausencia de ley', casi como *contropuesto* o en *oposición* a 'Derecho'. Esto se debe a que la doctrina positivista la admitía únicamente cuando no había ley aplicable. Por tanto, si se identifica el Derecho con la ley (legislación) y se admite la equidad únicamente a falta de ley, lógico es que equidad y Derecho queden separados, y, como consecuencia de la interpretación estrecha y lógico-deductiva de la ley –que no se ajusta a los casos concretos– el 'Derecho' así entendido llegue a verse como opuesto a la equidad. Sin embargo, en la concepción clásica del Derecho esto es un total contrasentido, pues el Derecho, el *ius*, es precisamente el arte de lo bueno y equitativo, el *ars boni et oequi*, de donde un arbitraje *ex oequo et bono* tendría que ser, por definición, el más apegado al *ius*. En una concepción del Derecho que está consciente de la inadecuación al caso concreto que puede representar el carácter general y abstracto de la norma, y que admite la adecuación de ésta al caso mediante la interpretación, la equidad como criterio para ello no es en modo alguno ajena ni mucho menos opuesta al Derecho, sino que llega a ser uno de sus elementos tipificantes y constitutivos.

En el arbitraje subsiste esta separación entre derecho y equidad, pero ello debe entenderse en el sentido en que también estaba presente en el derecho romano, es decir, en cuanto se admitía resolver sin aplicar directamente la norma del *ius civile* (como sucedía en las acciones *bonoe fidei* en cuanto contrapuestas a las *stricti iuris*), pero no como contrapuesta al *ius* en su concepción más completa, y es precisamente a partir de dicha concepción que se integra la *oequitos*, el *bonum et oequum*, en las *responso* de los jurisconsultos a los casos concretos, también en referencia a las normas legisladas.

Tuve oportunidad de conversar sobre este punto en el laboratorio de capacitación práctica en materia de arbitraje que cursé en 2008, dirigido por el Licenciado Raúl Pimentel del Centro de Arbitraje y Conciliación (CENAC). Comentábamos que, si bien es cierto que la idea general que se hace la gente sobre la diferencia entre un arbitraje de equidad y

41 Véase la exposición que del pensamiento de Kant hace Hervada en *Ob Cit.* Páginas 297 a 310. También véase Gramajo. *Ob. Cit.* Página 269.

uno de derecho es que el de equidad tendrá más posibilidades de arribar a un laudo justo por no estar circunscrito a la normativa legislada, mientras que en uno de derecho se espera resoluciones un tanto más insatisfactorias basadas en la aplicación de la ley, él en su experiencia ha visto casos similares (en la vida real) o el mismo caso (en talleres) en que la decisión en equidad resulta más injusta que la decisión a la que puede llegar un arbitraje en derecho pero en el que la legislación sea interpretada de un modo integral y congruente, no al modo positivista. Pienso que esto no necesariamente desdice de los arbitrajes de equidad, pero sí dice mucho sobre el derecho, sobre la ley: demuestra, en mi opinión, que una interpretación adecuada de la ley es capaz de adecuar la solución justa al caso concreto, y que la mentalidad estrecha y limitada de alguien facultado para resolver 'en equidad' puede producir iguales o peores resultados que la misma mentalidad en aquellos cuyo 'leal saber y entender' respecto de la legislación parece no ser realmente tal, por más que a los primeros se les dé toda la amplitud y extensión de facultades para resolver sin apego al derecho escrito.

Por otro lado, en una sesión anterior de este curso de maestría, el catedrático licenciado Rohrmoser hizo referencia al aspecto probatorio como un factor importante de la rigidez que se acusa en el arbitraje de derecho: un árbitro de equidad no estará constreñido a valorar la prueba conforme a los criterios señalados en la legislación, sino que podrá formar su propio convencimiento tomando en cuenta todas las circunstancias que ante su consideración se han presentado. Esto de alguna manera nos reconduce al origen histórico del principio de verdad sabida que informa el derecho mercantil, vinculado con la facultad de decidir más allá de la verdad formal o procesal. Entonces, el problema que analizamos se muestra como relacionado no sólo con el aspecto interpretativo e integrador del Derecho, sino además con el régimen y técnica probatoria. Es este un tema que plantea la necesidad de estudiar y analizar lo probatorio en nuestro ordenamiento jurídico, pero en el presente trabajo nos hemos de circunscribir a la parte de aplicación, interpretación e integración del Derecho.

La aplicación, interpretación e integración del Derecho guatemalteco

Cuando se habla de las deficiencias que se acusan en un arbitraje de derecho (y, con ello, en el ordenamiento jurídico guatemalteco), con frecuencia se trae a colación precisamente esa aplicación rigurosa y mecánica, irreflexiva quizá, que de la legislación puede hacerse. A tal interpretación se le llama comúnmente textual, literal o formalista, y a primera vista parece estar consagrada por el artículo 10 de nuestra Ley del Organismo Judicial. Sin embargo, es precisamente esa visión la que me propongo cuestionar.

A mi parecer, existe una idea que es equivocada y que es importantísimo superar en nuestra época: la idea de que sólo el espíritu de la ley permite trascender su interpretación estrecha. Toda interpretación es un acto del intelecto humano y, como tal, no cabe afirmar de un texto o de un sistema lo que sólo cabe afirmar de un acto humano: es decir, la interpretación estrecha cabe atribuirla a la pobreza intelectual del intérprete, y no vincularla necesariamente con el sistema normativo a interpretarse.

La Ley del Organismo Judicial consagra el principio de interpretación integral de la ley (que la doctrina llama método sistemático, y ya exponía el jurista romano Celso), en virtud del cual el conjunto de una ley sirve para ilustrar sobre sus partes, y es *incivile* (contrario a Derecho) responder o juzgar sin tener en cuenta toda la ley. En armonía con esto, en el mismo texto de la ley se fundamenta el que ésta no pueda interpretarse de forma estrecha, pues la disposición contenida en el artículo 10 de la LOJ que prohíbe indagar el espíritu de la ley cuando el tenor literal sea claro, no significa que dicha interpretación deba ser puramente lógica. Al contrario, en Guatemala tal tipo de interpretación mecánica y pobre hasta es ilegal, inconstitucional. La misma Exposición de Motivos del anteproyecto de Ley del Organismo Judicial robustece cuanto aquí decimos, toda vez que

expresa que "Se elimina de la nueva ley el concepto de 'interpretación literal' y 'sentido natural y obvio de las palabras', para sustituirlo por la interpretación de la ley conforme a su texto, contexto y a la Constitución Política de la República, manteniendo así el principio de jerarquía constitucional y especialmente el principio de 'interpretación conforme a la Constitución', que implica no sólo atender a lo puramente normativo, sino, lo que es más importante, a los valores fundamentales del orden constitucional"[42].

'Textual', entonces, *no* es sinónimo de 'estecho', 'lógico', 'formalista', 'mecánico', etc., porque si bien es cierto que hay criterios que sirven para aclarar la ley que sólo se emplearán cuando dicha aclaración sea necesaria, también lo es que el deber de no desatender el tenor literal de la ley cuando la misma es clara no implica por su parte que sólo esa 'parte clara' de la ley sea relevante para aplicarse, pues es *textual* que 'la ley en sí misma' debe interpretarse atendiendo a su conjunto y no a una parte aislada; es *conforme al tenor literal* que al aplicar la ley se deben tomar en cuenta los intereses en juego; es *literal* que los derechos se deben ejercer de buena fe; es *texta de la ley* que ésta siempre se debe interpretar y aplicar conforme a la Constitución, y a su vez es *tenor literal* de la Carta Magna que el Estado *existe para* proteger a la persona y a la familia y garantizar los derechos inherentes a la persona. Y todo esto es así porque también es *tenor literal* de la ley que los Preceptos Fundamentales de la LOJ "son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco"[43].

Si la disposición del artículo 10 que prohíbe desatender el tenor literal de la ley cuando ésta es clara se tomara como el mandato positivizado de interpretar la ley de un modo puramente lógico, mecánico y estrecho, entonces esa norma sería antinómica respecto del artículo 4, específicamente de su párrafo segundo, pues sería imposible que existieran actos en fraude de ley, ya que si está realizado "al amparo del texto de una norma", entonces jamás podría perseguir "un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico", si tal ordenamiento considerara que el texto de la norma es de por sí suficiente para dotar de validez, de juridicidad, a un acto concreto. En efecto, si se interpreta el artículo 10 como mandato de interpretación estrecha y mecánica, no tendría sentido el artículo 4, pues a quien tratare de declarar una nulidad por fraude de ley habría que decirle que, como se hizo al amparo del texto de la norma, y el texto es claro, no puede desatender el tenor literal en que se amparó el acto, ya que eso sería indagar su espíritu, pues de ninguna otra manera sino desatendiendo el tenor literal puede determinarse que un acto en fraude de ley sea prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Entonces, por contraste, este razonamiento sirve para confirmar que, cuando el artículo 10 se refiere a la interpretación textual, está haciendo referencia a la conjugación de *todos* los preceptos fundamentales de la LOJ que integran lo que denominamos nivel interpretativo de 'la ley en sí misma', textual, pero no estrecho ni lógico. Así, se devuelve la técnica jurídica al campo de la razón práctica, que es el lugar que, por lo que hemos mostrado, correctamente le atribuye nuestra legislación[44].

Toda aplicación, interpretación e integración del Derecho constituye un acto de técnica jurídica, y ésta a su vez se caracteriza como un ejercicio de crítica racional e inmanente de la norma y del sistema normativo del cual forma parte. Racional, porque el jurista aplica sus facultades intelectuales hacia el conocimiento de la verdad de la razón práctica, es decir, la *prudencia jurídica*, que dé solución justa al caso que se le plantea. Inmanente, porque tiene como marco de referencia el mismo conjunto de valores que inspiran e integran el orden normativo global, incluyendo aquellos principios y valores que se encuentran positivizados implícita o explícitamente[45].

A continuación, y en aras de facilitar la comprensión y visión global de mi planteamiento, ofrezco un

42 Corte Suprema de Justicia. *Ob. Cit.* Página 8.
43 Véase Gramajo. *Ob. Cit.* Página 706

44 Gramajo. *Ob. Cit.* Páginas 707 y 708.
45 *Ibid.* Página 736.

esquema del modo en que explico la aplicación, interpretación e integración del derecho guatemalteco[46].

Los números hacen referencia a los artículos de la Ley del Organismo Judicial en que se halla previsto cada factor interpretativo, y asimismo se señala el nombre que en doctrina se da a cada método hermenéutico, según la también doctrinaria agrupación de éstos en textuales y extra-textuales. El esquema muestra lo que denomino "niveles interpretativos": respectivamente, "la ley en sí misma" y "la ley aclarada". Los principios de buena fe y abuso de derecho se colocan derivados, como ampliaciones, del principio de primacía del interés social, pues como tales los caracteriza la Exposición de Motivos del anteproyecto de Ley del Organismo Judicial en que se basa su inclusión en la legislación patria.

Los artículos que fundamentan la costumbre como criterio de aclaración de la ley aparecen entre paréntesis debido a que considero que la costumbre también se erige en criterio de interpretación, aunque no esté expresamente señalado como tal. Si la ley reconoce a la costumbre la posibilidad de ser fuente de Derecho, de mayor a menor le reconoce también –al menos implícitamente– la posibilidad de ser criterio de interpretación jurídica. La costumbre puede considerarse factor de interpretación del derecho implícitamente reconocido por nuestra ley, en la medida en que es un elemento necesario para la ponderación de criterios de interpretación explícitamente reconocidos[47]. Ello permite al jurista tener en cuenta la realidad social de la época y el medio en que han de aplicarse las normas, a fin de dotar a su aplicación de mayor cercanía con la realidad, de mayor contacto con el orden global de acciones en que se ubica[48]. (Cuadro 1)

En conclusión, y haciendo referencia concreta a la equidad, puede decirse que ésta tiene diversos 'puntos de penetración' en la aplicación, interpretación e integración del derecho guatemalteco: ciertamente está contemplada en forma expresa como uno de los criterios de aclaración de la ley, pero aún cuando no sea necesario aclarar la ley, la equidad de alguna manera está llamada a tener relevancia en su aplicación desde el momento en que, según se ha comentado, constituye uno de los elementos que se deben analizar al tomar en cuenta la buena fe, la primacía del interés social, la supremacía constitucional, con lo cual la equidad se coloca así también dentro del nivel interpretativo de la ley en sí misma, si bien de un modo indirecto e implícito, que no directo y explícito como se halla contemplada en el nivel interpretativo de la ley aclarada.

Es preciso, en conexión con lo anterior, repetir aquí el criterio vertido en una sesión anterior de nuestra cátedra por el licenciado Rohrmoser, según el cual la previsión del primer párrafo del artículo 44 de la Constitución Política de la República en el sentido de que "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana", de algún modo transforma nuestro ordenamiento jurídico en un sistema abierto, otorgando al juez facultades que él en su momento no dudó en denominar "pretorianas". Con esto, el recurso al argumento abierto, a la indagación de fondo hacia el *ius*, el *bonum et aequum*, que se observa en la técnica jurídica de los clásicos como expresión del Derecho en cuanto ámbito de la razón práctica –la *iurisprudentia*–, quedaría legitimado en el manejo

46 Véase el apartado III del Capítulo IX de mi tesis de grado ya citada, *Lo Técnico Jurídico del Derecho Romano Clásico y su Perenne Actualidad*.

47 La doctrina considera que la costumbre es un punto de referencia que sirve para la ponderación de otros criterios interpretativos que sí están expresamente reconocidos como tal en nuestra legislación, tales como la buena fe (que, en su faceta de buena fe objetiva, necesita hacer referencia a la costumbre para desentrañar el estándar objetivo de conducta que representa), y los principios generales del derecho (de los cuales el proceso consuetudinario es una de las vías de descubrimiento en cuanto expresan valores bilaterales fundamentales vigentes en una sociedad dada, que si bien se refieren al derecho natural, tal referencia es en el sentido del iusnaturalismo clásico que reconoce la contextualización espacio-temporal, histórica, de los principios fundamentales). (Gramajo. *Ob. Cit.* Página 734). Véase también: Galgano, Francesco. *El Deber de Bueno Fe y el Abuso de Derecho*. Páginas 453 y 454; Lorenzetti, Ricardo Luis. *Trotodo de los Controtos. Parte General*. Página 148; Valencia Restrepo, Hernán. *Nomoórquica, Principiolística Jurídico o los Principios Generales del Derecho*, según diversas citas textuales y referencias que a su obra hago en páginas 729ss de mi *Ob. Cit.*

48 Véase Gramajo. *Ob. Cit.* Páginas 733 y 734.

Cuadro I

LA LEY	***En sí misma*** *9* *10 primer párrafo* *11* Semántico (*Textual*)	**La supremacía constitucional**		*9* *10 primer párrafo*		
		La jerarquía normativa		*9*		
		El carácter sistemático de las normas		*10*		Sistemático (*Textual*)
		Las normas imperativas y las prohibitivas expresas como límites de la juridicidad		*4*		
		La primacía del interés social	La buena fe	*22*	*17*	
			El abuso de derecho		*18*	
	Falta, oscuridad, ambiguedad o insuficiencia			*15*		
	Aclarada *15* *10*	**La finalidad y el espíritu de la ley**		*10 incisa a)*		Teleológico (*Textual*)
		La historia fidedigna de la institución		*10 incisa b)*		Histórico (*Textual*)
		La analogía		*10 incisa c)*		*Analogia legis* (*Extra-textual a integradar*)
		La equidad y los principios generales del derecho		*10 incisa d)*		*Analogia iuris* (*Extra-textual a integradar*)
		La costumbre		*(2)* *(17)* *(10 incisa d)*		

del derecho guatemalteco en virtud de lo que prevé nuestro orden constitucional.

Examen jurisprudencial de un caso práctico

Por último, pasamos a examinar las consideraciones de Derecho vertidas por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de casación de fecha 16 de mayo de 1983. El régimen legal del arbitraje entonces vigente daba cabida al recurso de casación, y en ella se analizó la legitimidad de hacer aplicación de normas legisladas dentro de un arbitraje de equidad, al impugnarse un laudo en que el árbitro, decidiendo en equidad, invocó normas de derecho legislado.

Refiriéndose a las alegaciones expuestas por la parte que sostiene la legitimidad del laudo, resume la Corte que "Cita, además, opiniones de diversos tratadistas, para llegar a las siguientes conclusiones: I) Que el arbitraje de equidad ha sido creado para evitar mayores formalismos y para que el árbitro tenga libertad completa al dictar su fallo, empleando todos sus conocimientos. II) Que la diferencia entre arbitraje de derecho y de equidad, reside, básicamente, en sus límites, pues, mientras el de derecho está limitado por la propia ley a seguir un procedimiento y a dictar el laudo basado en normas jurídicas, en el de equidad existe un procedimiento libre y el árbitro no está obligado a invocar normas jurídicas; pero, si entran en sus conocimientos, aspectos jurídicos no existe prohibición legal para que pueda invocar en el laudo normas jurídicas, si considera que así está aplicando la equidad al caso concreto. III) El arbitraje de equidad no es ajeno al derecho, pues está regulado y forma parte de un ordenamiento jurídico. IV) En el arbitraje de derecho sí existe prohibición para que el árbitro falle conforme a su conciencia, pues la misma ley se lo prohíbe; mientras que, en el arbitraje de equidad, en cambio, no hay prohibición para que utilice todos sus conocimientos, y V) De las constancias del expediente y de las doctrinas citadas, deduce que el árbitro no tenía ninguna prohibición para citar normas jurídicas en el laudo".

Al respecto manifestó la Corte: "En el arbitraje de equidad, el procedimiento no tiene que someterse a formas legales ni ajustarse a derecho en cuanto al fondo, pero ello no conlleva en manera alguna una limitación al criterio del árbitro ni una fijación de lineamientos a su leal saber y entender. En consecuencia, el árbitro que utiliza sus conocimientos jurídicos para dictar el laudo en un arbitraje de equidad, no

infringe las reglas de actuación acordadas por las partes en la escritura de compromiso, máxime cuando las partes, de común acuerdo, nombraren al único árbitro por sus calidades personalísimas como profesional del derecho".

"...se aprecia que en varias partes del laudo se hace referencia concreta a disposiciones contenidas en el derecho positivo, con las cuales el árbitro llega a conclusiones finales, y también se aprecia que en el curso del laudo, el árbitro emplea otras bases de apoyo, no legales, sino de orden técnico de seguros y de fianzas, filológico, práctico y, aún, gramaticales, para fundamentar su criterio. Por otra parte, con el análisis del artículo 289 del Código Procesal Civil y Mercantil, se evidencia que la ley establece "EL PROCEDIMIENTO", en arbitraje de equidad "No tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo", pero, es evidente, asimismo, que tal precepto de ninguna manera conlleva una limitación al criterio del árbitro ni le fija lineamientos a su leal saber y entender".

"En consecuencia, esta Corte llega a la conclusión de que, al dictar el laudo en los términos en que lo hizo, el árbitro no infringió las reglas de actuación acordadas por las partes en la escritura de compromiso, máxime que ambas de común acuerdo nombraron como único árbitro a un profesional del derecho 'impuestos de las calidades personalísimas del doctor Beltranena Valladares.'".

Me parece que este fallo refleja en buena medida lo que en el presente trabajo hemos discutido y expuesto, a saber:

- Que la equidad y el derecho no tienen por qué considerarse como cuestiones separadas, distintas, ni mucho menos opuestas.
- Que las normas legisladas pueden perfectamente fundamentar un fallo equitativo.
- Que (y esto lo ejemplifica bien el caso) la solución justa (equitativa) de una controversia requiere tomar en cuenta criterios que, si bien pueden (o deben) auxiliarse y fundamentarse en normas legisladas, deben necesariamente incorporar también otras consideraciones de orden técnico, práctico, etc., que adecúen la norma al caso específico.

A este respecto es importante señalar que una posible objeción sea que, en el caso examinado, eso fue posible precisamente gracias a que el arbitraje era de equidad, y que aun aceptando que no estaba prohibido invocar normas legisladas, si el arbitraje hubiera sido de derecho entonces los otros criterios y herramientas de evaluación que utilizó el árbitro sí hubieran estado excluidos de tomarse en cuenta: en otras palabras, que el arbitraje de equidad no excluye el derecho, pero que el arbitraje de derecho sí excluye la equidad.

A esto respondemos que, conforme a lo que hemos considerado anteriormente, pensamos que está adecuadamente fundamentado el punto de vista de que la aplicación, interpretación e integración del derecho guatemalteco, aún haciéndose tomando en consideración sólo la ley en sí misma, necesariamente requiere la ponderación de criterios como los observados en el caso, pues la misma ley así lo exige.

- Podría también objetarse que, en ese caso concreto, la invocación de normas legisladas era admisible dado que el árbitro era un profesional del Derecho que fue elegido precisamente en atención a su prestigio como tal, es decir, que el fundamento para admitir derecho en el arbitraje de equidad sería más bien en atención a la voluntad de las partes, pues era razonable que previeran la posibilidad de que un renombrado jurista a quien designaron árbitro hiciera uso de normas de ley positiva. En cambio, en otros casos, cuando el árbitro de equidad no sea jurista, sería ilegítimo invocar derecho.

En cuanto a esto, señalamos que cuando la sentencia hace las consideraciones pertinentes, primero expone como regla general el que sí puede

invocarse derecho en un arbitraje de equidad, y luego añade "máxime que…", "máxime cuando…": es decir, que el carácter de jurista del árbitro se aprecia en el caso concreto como una circunstancia que únicamente refuerza y apoya, hace más valedero, en ese caso específico, el criterio vertido, pero que dicho criterio es de por sí y en abstracto aplicable, independientemente de que un caso el árbitro no sea un profesional del Derecho.

* * *

Por último, también me gustaría referirme a lo que podría llamarse 'jurisprudencia arbitral'. Es cierto que los laudos arbitrales no constituyen jurisprudencia en el sentido que la legislación reconoce a la misma como fuente del ordenamiento jurídico, pero en una utilización *lato sensu* de la palabra, es indudable que los laudos, por cuanto contienen aplicación del derecho y de criterios y principios de equidad vigentes en el medio nacional, son una fuente riquísima de conocimiento jurídico, especialmente por cuanto su mayor campo de aplicación se da en el derecho mercantil, rama jurídica que históricamente siempre ha sido la más dinámica y es de gran importancia para la vida social. Por tanto, el arbitraje en cierto modo se ubica en la vanguardia del proceso de descubrimiento jurídico de nuestro medio, y tener conocimiento de los laudos que se dictan en las instituciones de arbitraje seria muy enriquecedor porque reflejan un sector importante de la vida jurídica del país. Un ejemplo concreto es que a través de los laudos arbitrales quizá se esté en mejor posibilidad de conocer esos usos y costumbres del tráfico comercial cuya evaluación objetiva es determinante para la aplicación del criterio de buena fe.

Sin embargo, uno de los principios fundamentales del arbitraje es la confidencialidad, y esto dificulta –que no impide– la divulgación de documentos arbitrales, entre ellos de los laudos o 'jurisprudencia arbitral'. También sobre esto conversé con el Lic. Pimentel, y él dio cifras verdaderamente significativas sobre el grado en que las partes involucradas en arbitrajes protegen celosamente su confidencialidad (concretamente, se refirió a lo difícil que fue conseguir autorizaciones para usar expedientes de arbitrajes reales para fines académicos en nuestro laboratorio; se requiere de la autorización de ambas partes, y fueron muy pocos los expedientes que se pudo utilizar). Lo que yo sugerí, y reitero en estas páginas, es la factibilidad de que –siempre respetando la confidencialidad y la voluntad de las partes– puedan implementarse mecanismos realmente sencillos encaminados a lograr y promover la difusión de la jurisprudencia arbitral: por ejemplo, que junto con la documentación que firman las partes al someterse al arbitraje institucional, se les consulte si dan o no su autorización para que el laudo final sea publicado. Para no caer en el problema del blanco o negro, el todo o nada, podría darse a las partes la opción de elegir entre diversos grados de publicidad: desde autorizar la publicación del fallo en su integridad, hasta autorizar únicamente la publicación de un resumen abstracto del caso en que no se mencionen ni los nombres de las partes, ni las cantidades monetarias en litigio, sino únicamente los hechos más fundamentales del caso, la decisión adoptada por el tribunal arbitral, y el criterio o doctrina que constituyó su razón y fundamento. Entre un extremo y otro, diversos grados más: publicación del laudo íntegro pero sin los nombres de las partes ni las cantidades en litigio; publicación sólo de la parte considerativa y resolutiva, etc. Tampoco es necesario que las partes se pongan de acuerdo sobre el nivel de publicidad que desean autorizar: si una de ellas no autoriza, entonces no se publica aunque la otra autorice el máximo nivel de publicidad; si ambas autorizan pero con diversos niveles de publicidad, entonces se publica con el nivel de publicidad menor entre los dos autorizados (porque quien autorizó lo más, autorizó lo menos, pero el otro sólo esto menos). Incluso podría ofrecerse un incentivo económico a las partes, tales como un descuento sobre los costos del arbitraje, como una especie de reconocimiento pecuniario por su colaboración con el proyecto de divulgación de jurisprudencia arbitral. Seguramente las publicaciones de dichos laudos (en libros, por internet – con sistema

de suscripción pagada si se quiere) serían todo un éxito de ventas para las instituciones arbitrales, porque, como dije, permite un excelente acercamiento a la vida jurídica y comercial del país, con evidente utilidad práctica para profesionales del Derecho, y también a las instituciones arbitrales les convendría su difusión porque sería una buena ocasión de que el público conozca la calidad de arbitrajes que administran, con lo cual podrían aumentar su número de usuarios. En fin, es una idea…

Conclusiones

- Históricamente, la equidad ha cumplido la función de ser factor de crítica y corrección del derecho vigente, sirviendo como criterio en la interpretación, aplicación e integración del mismo. Así, su concepto básico tradicional es el de adecuación de la justicia al caso concreto.
- La inadecuación de una ley al caso concreto puede deberse, principalmente, a que su carácter general y abstracto le impide prever las circunstancias concretas de cada caso en que ha de aplicarse, así como al paso del tiempo que genera cambios en el contexto histórico y social en que se aplica.
- La doctrina iuspositivista excluye la equidad llamada interpretativa, admitiendo únicamente (cuando la admite) la integradora y la sustitutiva.
- El Derecho, como ámbito de la razón práctica, requiere en su aplicación de la prudencia jurídica, mediante la cual se encuentra la regla aplicable en atención a las circunstancias del caso que se juzga.
- La transformación en el concepto de Derecho operada en la época posterior al racionalismo moderno, conllevó a su vez un cambio en el modo de interpretar y aplicar el Derecho, separándolo cada vez más de su carácter práctico y equitativo.
- En el derecho guatemalteco, la interpretación textual de la norma jurídica no es sinónimo de interpretación literal, sino que la misma ley manda ser interpretada y aplicada dando preeminencia a diversos criterios de rango constitucional y ordinario que amplían y enriquecen el alcance de la norma en pro de la búsqueda de justicia.
- El derecho guatemalteco acepta la equidad interpretativa para aclarar la ley. Sin embargo, aun cuando no fuere necesario aclarar la ley, la equidad tiene de por sí un papel implícito en su aplicación, en cuanto elemento necesario para ponderar criterios que en toda resolución deben tenerse en cuenta, tales como la buena fe, la primacía del interés social y la supremacía constitucional.
- Conforme al artículo 37.1) de la Ley de Arbitraje, no existe prohibición de aplicar normas de derecho legislado en un arbitraje de equidad.
- El conocimiento y divulgación de jurisprudencia arbitral sería una fuente de enriquecimiento para la vida jurídica nacional y su estudio. Pueden proponerse mecanismos de incentivo a nivel privado para lograr la colaboración de las partes y las instituciones arbitrales en tal esfuerzo.

Bibliografía

Libros

- Aquino, Santo Tomás de. *Sumo Teológico*. Edición en línea. http://hjg.com.ar/sumat/index.html.
- Aristóteles. *Obros Filosóficos: Metofísico, Ético, Político, Poético*. W.M. Jackson. México. 1963.
- Bernal, Beatriz; Ledesma, José de Jesús. *Historio del Derecho Romono y de los Derechos Neorromonistos*. Décimoprimera edición. Editorial Porrúa. México. 2003.
- Bobbio, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. Editorial Debate. Madrid. 1993.
- Galgano, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Editorial Tirant Lo Blanch. España. 1992.

- Hervada, Javier. *Histaria de la Ciencia del Derecha Natural.* Tercera edición. EUNSA – Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona. 1996.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de las Cantratas. Parte General.* Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 1999.
- Valencia Restrepo, Hernán. *Namaárquica, Principialística Jurídica a las Principias Generales del Derecho.* Segunda edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1999.

Tesis

- Gramajo Castro, Juan Pablo. *La Técnica Jurídica del Derecha Ramana Clásica* y su *Perenne Actualidad.* Universidad Francisco Marroquín. Guatemala: 2009.

Revistas y artículos

- Louzán de Solimano, Nelly Dora. *La Aequitas*, en Revista Jurídica *Aequitas* Virtual. http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nrouno/LA%20AEQUITAS.pdf.

Legislación, jurisprudencia y documentos relacionados

- Código Civil de la República de Guatemala. Imprenta "El Progreso". Guatemala. 1877. Incluye *Infarme de la Camisian Cadificadara al Señar Presidente de la República.* Montúfar, Lorenzo; Salazar, José; Pujol, Valero; Murga, Carlos F.
- Código Civil [de España]. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Referencias legales actualizadas. Decimosexta edición. Editorial COLEX. Madrid: 2007.
- Código de Trabajo, Decreto 1441, y sus reformas.
- Código Procesal Penal. Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional. Incluye Exposición de Motivos por César Barrientos Pellecer. Figueroa Sarti, Raúl (editor). Novena edición. F&G Editores. Guatemala. 2003.
- Congreso de la República de Guatemala. *Diaria de Sesianes. Periada Ordinario 1988-89. Tomo V.* Sesión Ordinaria Número 10S. Jueves 3 de noviembre de 1988.
- Congreso de la República de Guatemala. *Dictamen de la Camisián de Legislación y Puntas Canstitucianales: Dictamen y Prayecta de Decreto que cantiene la Ley del Organisma Judicial.* Presentado el 29 de junio de 1988. Registro 093.
- Congreso de la República de Guatemala. *Dictamen de la Camisián de Legislación y Puntas Canstitucianales: Dictamen y Prayecta de Decreta que cantiene refarmas a la Ley del Organismo Judicial, cantenida en Dtas. 2-89 y 64-90 del Cangresa de la República.* Presentado el 6 de diciembre de 1990. Registro 692.
- Corte Suprema de Justicia. *Prayecta de Ley del Organisma Judicial.* Ediciones del Organismo Judicial de Guatemala. 1987.
- Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación S92-2002.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación de 16 de mayo de 1983.
- Cuerpo del Derecho Civil Romano. Promulgado por la autoridad del Sacratísimo Príncipe y Señor César Flavio Justiniano, Alemánico, Gótico, Fráncico, Germánico, Antico, Alánico, Vandálico, Africano, pío, feliz, ínclito, vencedor y triunfador, siempre Augusto. García del Corral, Ildefonso (traductor). Jaime Molinas Editor. Barcelona, España. 1889-1898.
- Ley de Arbitraje, Decreto 67-9S y sus reformas.
- Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 y sus reformas.

Derecho y Economía

Derecho y Economía, una relación necesaria. Algunas aproximaciones en la Constitución Económica Chilena

Por: Lic. José Luis Guerrero Becar[1]

Resumen

El derecho y la economía tienen un origen común en la filosofía. Importantes economistas han contado con formación jurídica, entre otros, Smith y Marx. Esta relación perdida en la primera mitad del siglo veinte ha renacido, incluso normativamente en el último período del siglo veinte, destacando en Chile, su Constitución de 1980, en que es posible apreciar la existencia de una "constitución económica" que convive con aspectos políticos y estructurales de diseño del Estado. La regulación constitucional del orden económico ha permitido a la economía chilena tener un parámetro de referencia y actuación, prueba de ello, entre otros, es el reconocimiento constitucional del Banco Central, evitar la existencia de déficit fiscales y el reconocimiento constitucional a la libertad de empresa y una regulación del Estado empresario.

I. Introducción

Hoy muchos podrán sostener que derecho y economía son ciencias sociales absolutamente independientes que difieren en su objeto de estudio, método y finalidad. Sin embargo, esta hipótesis es cuestionable o al menos revisable.

Si recordamos la evolución histórica de ambas ciencias, para lo cual seguiremos en este punto al profesor Juan Carlos Cachanosky, debemos retroceder a la antigua Grecia, en que las ciencias actuales se reunían en una ciencia madre que era y es la filosofía. A medida que los pensadores fueron profundizando en ciertos temas como la naturaleza de las cosas, el infinito, la materia, las ideas, etc., aparecieron paulatinamente las ciencias independientes. Los filósofos griegos estaban interesados, entre otros temas, en la justicia y la felicidad, es por este motivo que sus principales escritos estuvieron relacionados con problemas de moral, justicia, y sistemas políticos, aun cuando también reflexionaban sobre física, historia, astronomía y retórica, entre otras materias[2].

La vinculación histórica del derecho y de la economía no es extraña, ya que las primeras reflexiones sobre temas económicos estuvieron relacionadas con temas de justicia[3]. Así, por ejemplo, los filósofos griegos se preguntaban cuál era el "precio justo" de las cosas, y filosofaban sobre la justicia, pero también sobre el trabajo, la tierra y el dinero o capital, lo que hoy conocemos como factores productivos. Sin embargo, no se preguntaban cómo se determinaba un precio o qué era lo que explicaba el comportamiento de compradores y vendedores al concordar un precio. Otro ejemplo de esta forma de reflexionar lo económico a partir de lo jurídico, se advierte

1 Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Chile, Master Interuniversitario en Administración y Dirección de Empresas MBA Universidades de Barcelona, Autónoma de Barcelona y Politècnica de Cataluña, España. Profesor de Derecho Económico de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Chile, jose.guerrero@ucv.cl

2 Cachanosky, Juan C: "Economía, derecho y el análisis económico del derecho", disponible en World Wide Web: http://www.atlas.org.ar/economia/cachanosky_2.asp [2007].

3 En este punto se sigue a Cachanosky, Juan C., cit. n (1)

al preguntarse si era justo cobrar intereses por los préstamos o bien si es justo obtener ganancias en el comercio. Sin embargo, los filósofos griegos no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o cómo se calculan las ganancias. Para tratar de dar respuesta a estas cuestiones los filósofos comenzaron a incursionar en temas que hoy parecen reservados a la economía, como por ejemplo los conceptos de moneda o de intercambio, reflexionando acerca de su naturaleza y funciones.

En este contexto, los primeros en intentar descubrir el funcionamiento de la economía fueron filósofos griegos como Hesíodo, Jenofonte, Platón o Aristóteles, este último en particular realizó importantes contribuciones a la reflexión económica: Por ejemplo, se preocupó de la propiedad privada, del dinero diferenciando su utilización como medio de cambio o como forma de acumulación de riqueza, que a su vez vincula con el interés y la usura que condena éticamente. Aristóteles, igualmente, distingue en sus obras las expresiones "economía" y "crematística"[4], la primera la usa en su sentido etimológico como la administración de la casa y el hogar; y con la segunda "crematística" se refiere a la acumulación de riqueza que él condena, la primera diría relación con administrar y utilizar los recursos y la segunda con acumular los recursos.

La temática de la economía tuvo un especial impulso muchos siglos después, con los escolásticos que reviven el estudio de las obras aristotélicas, destacando la intervención de Santo Tomás de Aquino en el siglo trece. Los escolásticos, reflexionaron sobre la justicia de los intercambios o sobre qué es un precio justo y a partir de esas reflexiones comenzaron a preguntarse ¿qué es un precio?, ¿cómo se determina un precio?, ¿qué es la tasa de interés? o ¿qué es el comercio? En esta búsqueda de dar respuesta a interrogantes filosóficas y jurídicas comienzan a surgir lentamente las bases de la teoría económica. Aparecen en el lenguaje de los filósofos conceptos que hoy asimilamos netamente como económicos, como oferta, demanda o costos. Así, los escolásticos precisaron que el precio justo estaba determinado por los costos de producción (concepto que es perfectamente aplicable en la actualidad si le sumamos una legítima rentabilidad), otros como la posterior Escuela de Salamanca (siglos XV y XVI, principalmente), plantearon que el precio justo estaba determinado por la necesidad y la escasez. Basado en lo anterior, los escolásticos sugirieron a los gobernantes fijar el precio justo de los bienes teniendo en consideración los costos de producción y los miembros de la Escuela de Salamanca por su parte, sugirieron considerar la escasez o necesidad, comenzando así un debate sobre teorías económicas.

La Escuela de Salamanca, realizó un importante aporte en el desarrollo de estas teorías, con pensadores dominicos como Francisco de Vitoria y Domingo De Soto y jesuitas como Luis de Molina[5] y Francisco Suárez, teólogos y juristas que reconcilian la teoría tomista con el nuevo orden económico. Los miembros de la Escuela de Salamanca vuelcan su preocupación entre otros temas: En la propiedad privada que definen como una institución humana moralmente neutra; en el valor como fundamento de los precios superando la teoría medieval escolástica del precio justo basado en el precio de los factores productivos. Asimismo, estudian la utilidad o ganancia en que Martín de Azpilcueta aportó en relación a los préstamos la consideración o influencia del factor tiempo: A igualdad de condiciones es preferible recibir una cantidad ahora a recibirla en el futuro. Por tanto, para que esta cantidad futura sea más atractiva es necesario que sea mayor. En este caso el interés supone el pago del tiempo o bien modernamente señalaríamos que compensa el costo de oportunidad del dinero, es decir, es el costo por el hecho que el prestamista no de un uso alternativo a ese dinero.

En el siglo XVIII, encontramos el aporte del escocés Adam Smith (1723-1790) a quien recorda-

4 Ver Aristóteles: "La Política" (1974) p.72

5 En relación a Luis de Molina, ver Moreira, José Manuel: "Luis de Molina e as origens ibéricas da economía de mercado", en Cardoso, J. – Almodovar, A. (coord.) Actas de encuentro ibérico sobre historia de pensamiento económico (1992), p 41-62.

mos muchas veces por su idea de "la mano invisible" como mecanismo que hace operar al mercado. Sin embargo, es importante recordar además que Adam Smith más que un economista era un filósofo moral[6]. El curso de filosofía moral que Smith dictaba como profesor de la Universidad de Glasgow estaba dividido en cuatro partes: teología natural, ética, jurisprudencia, y economía política. Así, antes de escribir la "Riqueza de las Naciones", escribió "Teoría de sentimientos morales" y "Lecturas de jurisprudencia". La formación base de Smith en filosofía y derecho, según varios autores, le permitió contar con una visión más global del mecanismo de mercado y considerar que éste tiene implícito un marco jurídico. Al igual que Smith otros economistas clásicos, sustentan sus bases conceptuales en la filosofía y el derecho, incluido Karl Marx en el siglo XIX (1818-1893) que sigue el mismo razonamiento, esto es, desde la filosofía buscar explicación y respuesta a los problemas económicos, recordemos que Marx comenzó su formación con estudios de derecho en la Universidad de Bonn, que luego abandonó para estudiar filosofía, y su tesis de grado se tituló "Diferencia entre la filosofía de la naturaleza de Demócrito y la de Epicuro".

Como se ha relatado anteriormente, en los economistas clásicos, la vinculación entre filosofía, derecho y economía era permanente. El punto de quiebre se produjo con la incorporación de la teoría de la utilidad marginal como fundamento de la teoría de los precios a fines del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, teoría que trató de explicar el mecanismo de formación de precios por un procedimiento alternativo a la teoría del valor-trabajo que había sido usada tanto por los economistas clásicos como por los economistas marxistas. El debate surgía del hecho que si el precio justo derivaba de los costos de producción, como decían los escolásticos, el problema es que los costos a su vez estaban determinados también por precios de esos factores productivos, produciéndose una discusión circular. Para superar este dilema, surge la teoría de la utilidad marginal, que simplificando implica preguntarse por qué las cosas "valen" y observar que a medida que se tienen más unidades de un mismo bien, las personas lo valoramos menos, por tanto, los precios no están determinados por los costos sino por el valor que le entregan las personas. Un ejemplo sería el valor del agua en un lugar donde sea abundante versus el desierto[7].

Se produjo en ese momento una división metodológica, que se podría resumir en tres grupos[8]: En Inglaterra Jevons y Marshall; en Suiza y Francia Walras, Pareto y luego Casell, y en Austria Von Wieser, Von Bohm-Bawerk y Von Hayek. Los dos primeros grupos ingleses y suizo-franceses dieron nacimiento a la economía matemática, ya que su formación era precisamente más matemática, de ingeniería, y con ellos comienzan a aparecer los gráficos, las ecuaciones, buscando acercar la economía a las ciencias exactas. El tercer grupo, conformó la denominada escuela austriaca, que estaba formada principalmente por abogados, y que siguió con el estudio de la economía a partir de su vinculación con el derecho y la filosofía. Por ejemplo, en sus obras se pone acento en las consecuencias de una legislación inadecuada para el funcionamiento de la sociedad y la economía, e hizo aportes que ningún economista podría hoy discutir, por ejemplo, Von Wieser aportó con los conceptos de costo alternativo o de oportunidad, utilidad marginal y la distinción entre bienes públicos y bienes privados.

Ciertamente es innegable el aporte que la economía matemática ha realizado a la ciencia económica, especialmente en microeconomía, pero también es cierto que si sólo nos quedamos con los modelos, sin hacerlos interactuar con la normativa, el orden económico, los valores y principios que una determinada sociedad desea preservar, éstos pasan a ser modelos sin sustento alguno. A vía de ejem-

6 Un interesante artículo sobre Adam Smith y su vinculación con la filosofía moral, en Montes Leonidas, "Adam Smith: ¿Liberal o Cristiano" (2004) pp. 103-128.

7 Apuntes del autor tomados del curso de Juan C. Cachanosky "Los fundamentos económicos del derecho". Modulo I, Programa Latinoamericano Laws and Economics. www.corporatet.com (sin editar)

8 Para mayor información ver Cachanosky, Juan C: «La Escuela Austriaca de Economía» (1998).

plo de esta interacción natural es posible recordar la obra de R. A. Radford "Organización económica en un campo de concentración"[9] escrita en 1945 luego de la Segunda Guerra Mundial, en que el autor, un oficial del ejercito inglés tomado prisionero por los alemanes en 1941, describe cómo la organización económica surge naturalmente, en este caso en el campo de concentración en que él estuvo prisionero. Allí, los prisioneros comienzan a intercambiar bienes, realizan trueque, luego para facilitar las transacciones comienzan a intercambiar cigarrillos por otros bienes, produciéndose un consenso tácito respecto de utilizar a los cigarrillos como moneda, pero no cualquier cigarrillo, sólo los de mala calidad ya que siguiendo la ley de Gresham, la moneda mala desplaza a la buena, y los buenos cigarrillos quedan para fumárselos atendido su alto valor intrínseco. Se desarrollan mercados, arbitraje entre mercados, comercio internacional entre barracas de prisioneros de distintas nacionalidades, existe inflación cuando la cruz roja trae más cigarrillos y deflación cuando no hay aprovisionamiento. Surgen el crédito y los intermediarios o brokers aparecen en acción, pero también se dejan de cumplir las reglas acordadas de organización económica y ello trae como consecuencia los fraudes y desconfianzas en el sistema, ya en 1944 los envíos de provisiones terminaron, el banco central dejó de operar y se perdió confianza en la moneda, se produjo la deflación, los precios bajaron y se volvió al trueque. Como señala el autor en abril de 1945 el caos había reemplazado al orden económico.

La lección que nos entrega Radford es que la organización económica surge naturalmente y en forma especial la monetaria. Sin embargo, para su subsistencia necesita de reglas, normas, un orden que se lo entrega el derecho, en resumen, no basta la mera economía. Si sólo nos quedáramos con modelos matemáticos y así dirigiéramos la economía, viviríamos en un mundo feliz con resultados exactos y anticipados, pero probablemente sería aquél que imaginó en 1932 Aldous Huxley, en su obra "Un Mundo Feliz"[10] en que gracias a la manipulación genética, que él ya imaginaba, todos eran permanentemente felices. Sin embargo, la ironía es que esta felicidad se alcanzaría tras eliminar la familia, la diversidad cultural, el arte, la literatura, la religión y la filosofía, en resumen no seríamos más que autómatas.

La economía así como el derecho son ante todo ciencias sociales y su objeto de estudio es la persona humana en su contexto social, y el comportamiento humano, se diferencia del animal, normalmente, por ser racional. El raciocinio es fértil en la filosofía; sin filosofía nuestra vida sería de hombres Alfas, Betas, Gammas, Deltas y Epsilones como imaginaba su mundo feliz Huxley. Por lo anterior, todo jurista y todo economista debe tener una formación básica en filosofía; indudablemente muchos de los principios de la economía y del derecho están en la filosofía, conceptos como los de: valor, necesidad, excedente, intercambio, producción, técnica, etc., aparecen primeramente tratados en algunas importantes obras de filosofía, sin embargo, hoy en general no se enseña filosofía en los estudios de economía y el derecho pasa a ser sólo una disciplina instrumental.

En este contexto, el modelo teórico nunca debe primar sobre la prudencia, los valores o la simple lógica. Cuando la economía positiva pretende también dirigir la economía normativa, pueden producirse problemas de adaptación de lo teórico a lo real. Es precisamente en la economía normativa, aquella en que se toman decisiones económicas por parte de la autoridad en base a una concepción de cómo debieran ser las cosas, donde podemos encontrar un lugar de encuentro entre derecho, economía y también la filosofía. En este ámbito se decidirá, por ejemplo, si privilegiaremos la inflación o el pleno empleo, el corto o el largo plazo, y la economía para tomar estas decisiones se nutrirá de concepciones filosóficas e ideológicas, se privilegiarán principios y valores, se decidirán mecanismos de asignación de recursos, mercado o plan, y se requerirá necesariamente del

9 Obra original Radford, R. A: "The economic organization of a P O W Camp" (1945) texto traducido disponible en World Wide Web http://aulavirtual.bde.es/wav/documentos/precios_doc_3.pdf [2007]

10 Ver Huxley, Aldous: "Un mundo Feliz" (2002).

derecho para poder insertar la decisión que se adopte en el orden económico.

La economía es una ciencia que utiliza como método la teoría de los grandes números, ya que es imposible establecer una teoría, un modelo o una ley económica, a partir del comportamiento de un solo individuo, por lo que el objeto de estudio de los economistas es el comportamiento del hombre en cuanto ser social. El derecho también de alguna manera sigue esta teoría de los grandes números, se busca establecer reglas de comportamiento social. Por ejemplo, en materia penal en una sociedad democrática la tipicidad y la antijuridicidad de una conducta serán determinadas por el órgano legislador que representa a los ciudadanos, por lo que podemos resumir la teoría de los grandes números en el caso del derecho a través de la representación del pueblo que reside en los órganos del Estado.

Tras establecer la vinculación entre la economía y el derecho, podemos avanzar un poco más y preguntarnos: ¿Puede existir economía sin derecho? Por cierto que la respuesta es afirmativa, la economía es connatural al hombre, ya lo vimos en el ejemplo del campo de concentración; aun sin organización el hombre intercambia bienes para satisfacer necesidades, y la economía surge naturalmente en todas las civilizaciones. Respondido lo anterior, cabe preguntarnos: ¿Puede existir economía en un estado moderno sin derecho? La respuesta ya no es tan categórica, ya que la economía surgirá naturalmente, sin embargo, la sustentación de mediano y largo plazo de la economía requiere necesariamente de un orden económico que le proveerá el derecho.

La respuesta a estas dos interrogantes no permite colegir que el derecho y economía no son dos ciencias independientes, así el mercado parte del supuesto de la propiedad privada, sin ella no tendremos dueños de factores productivos y el mercado no operaría, en él se requiere libertad, se realizan intercambios, que en la práctica son acuerdos de voluntades, es decir, convenciones que si crean derechos y obligaciones serán contratos, sea de compraventa, de mutuo o de suscripción de títulos, por dar algunos ejemplos. El dinero hoy es para la economía, especialmente para el monetarismo, una mercancía que se compra y se vende a un precio de mercado –tasa de interés–, a su turno para el derecho el dinero cumple una función legal liberatoria de obligaciones pecuniarias, y cada vez que se transa en el mercado se generan contratos de mutuo o crédito, el interés compuesto le llamaremos anatocismo, a la venta de un papel en la Bolsa, le llamaremos suscripción de acciones. Muchos ejemplos existen de estos idiomas paralelos, pero en definitiva el billete de mil o diez mil pesos o uno o cien dólares, el bono, la acción, la letra de cambio, la carta de crédito, etc., siguen cumpliendo su función económica y jurídica más allá del nombre o visión que pretendamos otorgarles.

La misma situación descrita se presenta en otras áreas, por ejemplo, la ciencia de la administración de empresas muy vinculada a la economía, y sus conceptos de liderazgo, eficiencia, estrategia, finanzas, costos, marketing son perfectamente aplicables al desempeño de la profesión de abogado o al funcionamiento del poder judicial. A su turno, los administradores de empresas también requieren vincularse con los juristas, de otro modo el marketing entrará en conflicto con la propiedad industrial o el derecho de la libre competencia, o bien el área de finanzas no podrá buscar financiación a través de emisión de bonos, factoring o leasing, o los gerentes de recursos humanos correrán el riesgo de desconocer los derechos irrenunciables de los trabajadores.

La conclusión necesaria a la que se arriba es que juristas y economistas trabajan frecuentemente sobre las mismas variables y deben complementarse ya que el jurista que ignore, por ejemplo, cómo funciona el mercado no podrá representarse como repercute la legislación sobre el bienestar económico de la población, así como el economista que ignore los principios fundamentales del derecho no tendrá presente el marco jurídico implícito en su teoría, especialmente si es macroeconomista, y con ello pondrá en riesgo la materialización de esa teoría.

II. Un caso concreto de vinculación de Derecho y Economía: la Constitución chilena de 1980 y el modelo económico neoliberal

La vinculación del derecho con la economía es constante, así lo demuestra la historia económica reciente de Chile. Si analizamos el comportamiento de la economía chilena desde 1958 en adelante, es fácil advertir la influencia que en ella han tenido las visiones ideológicas del gobierno de turno, así se pasa de una economía de tendencia liberal con el Presidente Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1960) a la búsqueda de un modelo de economía social de mercado con el Presidente Eduardo Frei Montalva (Gobierno demócrata cristiano 1964-1970), para continuar desde 1970 un proyecto de implementación de una economía socialista durante el gobierno del Presidente Salvador Allende (Gobierno de la Unidad Popular 1970-1973) modelo que fue interrumpido por un golpe militar en septiembre de 1973.

El gobierno militar (1973-1990) en los primeros años de su ejercicio del poder, esto es entre 1973 y 1975, salvo la convicción de romper con el modelo económico socialista-marxista, no tuvo claro el modelo a seguir dentro del liberalismo que deseaba implantar, que le permitiera corregir los desequilibrios económicos que había dejado el gobierno socialista del Presidente Allende. Así en los primeros años siguió la línea de la democracia cristiana en cuanto a la implementación de una economía social de mercado y sólo a partir de 1975 y particularmente en 1976 entregó la conducción económica a los economistas chilenos monetaristas, neoliberales formados en la Universidad de Chicago, conocidos coloquialmente en su época como los "Chicago Boys"[11]. Los economistas monetaristas implementaron el denominado "Plan de Shock", que permitió controlar la inflación o mejor dicho hiperinflación que en 1973 alcanzó el récord histórico para Chile de 508,05% anual. Para ejemplificar la magnitud de la inflación baste pensar que en el año 2006 la inflación anual alcanzó un 2,6%, es decir sólo 2 días de inflación de 1973 o el año 2008 que se manifestó como un año de muy alta inflación, ésta alcanzó el 7,1% anual.

El año 1975, la inflación alcanzaba un 340%, sin que existieran medidas que el gobierno militar pudiese implementar para revertirla. Pues bien, dicho año el gobierno militar decide entregar la conducción económica a los economistas formados en la Universidad de Chicago[12], y éstos fieles a su pensamiento económico basado en el monetarismo establecen la premisa básica: Que la economía debe privilegiar el control de la inflación por sobre otras variables macroeconómicas como el pleno empleo, ya que los costos de la inflación, particularmente la pérdida de poder adquisitivo del dinero afecta a los más pobres y genera desconfianza en el sistema económico. La teoría monetarista dice que la inflación es siempre un fenómeno monetario y la principal causa de la inflación es el déficit fiscal no respaldado en el crecimiento del país, en otras palabras déficit sin respaldo, es decir, emisión del Banco Central sin control ni sustento en la economía.

El Banco Central de Chile desde su primera ley orgánica de 1925, estableció como objetivo la estabilidad monetaria. Sin embargo, la inflación en Chile siempre fue una constante. Si revisamos la segunda ley orgánica del Banco Central de Chile, en 1953, en ella se establece para el Banco un rol monetario pero también de apoyo al Estado. Los monetaristas de Chicago, que 1975 enfrentaban una inflación de un 340% anual, al año 1976 lograron que la inflación sólo fuese un 174% y ya en 1981 era un sorprendente 10% anual. Incluso aún durante y después de la crisis internacional de principios de los ochenta la inflación chilena nunca tuvo nuevamente características de hiperinflación.

Para reducir la inflación de un 508% a un 10% en menos de una década, ¿qué sucedió?

11 Ver Valdés, Juan G: "La escuela de Chicago, operación Chile" (1989) pp. 75 y Guerrero Becar, José Luis. "Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980". Tesis de licenciatura. (1991).

12 Ver Rosende, Francisco: "La Escuela de Chicago" (2007).

No es muy temerario pensar que gran influencia en el éxito inicial del modelo monetarista en Chile lo tuvo una ciencia despreciada desde el siglo XIX por los economistas matemáticos: el derecho. En efecto, los monetaristas, a pesar de su estricto apego al modelo teórico, especialmente en sus primeros años, advirtieron que la legislación era un instrumento indispensable para establecer un orden económico que les permitiera sustentar a largo plazo sus teorías, y utilizaron como instrumento para la materialización de su modelo la legislación y en particular la Constitución.

Esta relación de la economía con el derecho, no es extraña para la Escuela de Chicago, ya que junto con ser la principal promotora del monetarismo también ha desarrollado fuertemente el análisis económico del derecho. A partir de este nuevo enfoque, se señala que las condiciones para que un país genere riquezas son tres: a) estabilidad monetaria, b) equilibrio fiscal y c) Rule of Law, es decir un orden jurídico económico, un estado de derecho. Estos principios también son compartidos por la Escuela Austriaca de economía[13].

El uso del derecho como instrumento para implementar modelos no se acaba en los monetaristas, también en otros modelos se maximiza el uso del derecho para reflejar el modelo económico a seguir, un ejemplo es la Constitución de la República de Cuba, que es de las constituciones en actual vigencia más explícitas en materia económica, obviamente, en este caso reflejando la economía de planificación central.

Volviendo a los monetaristas chilenos de fines de la década del setenta, éstos advirtiendo que no bastaba con un mero manejo de la emisión y principalmente de la tasa de interés desde el Banco Central como instrumentos para detener la inflación, decidieron atacar su origen o principal causa que era el hecho que el Banco Central de Chile actuaba como prestamista del Estado utilizando para ello la emisión, y es por esto que en el año 1975 se dicta el Decreto Ley N° 1078 cuarta ley orgánica del Banco Central de Chile que establece que el Banco Central sólo puede otorgar préstamos al Fisco mediante leyes especiales, y en el año 1979, ya más categóricamente con el Decreto Ley N° 3001, se dispone que: *El Banca Central de Chile en ningún casa padría adquirir para sí pagarés descontables de la Tesarería General de la República u atras documentas de crédita emitidas directamente por el Fisca, coma tampaca atargar créditos directos a las entidades y empresas, de las sectores público a privada, can excepción de las instituciones financieras"*. Es decir, control de la inflación a través del control de su principal causa: el déficit fiscal financiado con emisión del Banco Central.

Un año después encontramos este principio que el Banco Central de Chile no debe financiar al Estado de Chile, consagrado en el texto de la Constitución Política de la República de Chile[14] de 1980, Constitución que vino a reemplazar a la Constitución de 1925 y que con modificaciones –pero ninguna de ellas en materia económica– rige hasta hoy día.

13 Sobre las similitudes entre la Escuela de Chicago y la Escuela Austriaca, escribe Richard M. Ebeling "En el período posterior a la segunda guerra mundial, las dos escuelas líderes en el pensamiento de libre mercado han sido la Escuela Austriaca, encabezada por Ludwig Von Mises y Friedrich Von Hayek; y la Escuela de Chicago, encabezada por Milton Friedman y George Stigler. Juntas, han realizado un análisis de gran rigurosidad y lucidez, criticando los peligros y errores de las políticas socialistas, keynesianas e intervencionistas. Pese a las diferencias entre sus respectivos métodos de análisis, ambos grupos han alcanzado una conclusión similar: sólo una economía de libre mercado puede asegurar libertad y prosperidad. Ambas escuelas rechazan el argumento keynesiano acerca de la inestabilidad de la economía de mercado y su tendencia a generar períodos extensos de desempleo y recursos ociosos. Ambas sostienen que cuando se suceden períodos inflacionarios o de depresión económica, ocurren como resultado de la intervención del Estado, que tiende a reducir la flexibilidad del mercado para hacer frente a los cambios circunstanciales. Y finalmente, ambas escuelas de pensamiento intuyeron que las políticas monetarias y fiscales (particularmente del tipo keynesiano) provocarían menor estabilidad y no más. Pero los economistas de la Escuela Austriaca y los de la de Chicago, han diferido en un número importante de puntos en el campo de la historia, la teoría y la política monetaria. Una diferencia fundamental, son las diferentes interpretaciones acerca de los orígenes y soluciones a la Gran Depresión del 30. Las distintas interpretaciones sobre dicho período surgen a partir de sus diferentes concepciones de la influencia del dinero en la economía. Y esas disidencias nacen a partir de los distintos criterios utilizados para estudiar el proceso económico". Ebeling, Richard: "El Estado y la planificación central de la moneda. Los economistas austriacos y de Chicago opinan sobre la moneda, la inflación y la gran depresión". Disponible en World Wide Web: http://www.atlas.org.ar/economia/ebeling_2.asp [2007]

14 En adelante indistintamente "La Constitución de 1980" o "CPRCH".

La Constitución de 1980, contempla un capítulo especial –Capítulo XII– para el Banco Central de Chile[15] otorgándole un carácter constitucional, e imponiéndole la prohibición constitucional de otorgar préstamos al Estado. Así se dispone expresamente en el artículo 109 de la Constitución: "*Ningún gasto público o préstomo podrá financiorse con créditos directos o indirectos del Banco Central*". Asimismo, el texto constitucional le otorga autonomía jurídica y financiera al Banco Central de Chile y le reconoce un carácter técnico, que en mi opinión, debe entenderse como una manifestación que éste no es un servicio u órgano político, lo que es reafirmado en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile N°18840 de 1989 –la ley orgánica del Banco y que complementa la constitución– que en su artículo 1° dispone: "El Banco Central de Chile es un organismo autónomo, de rango constitucional, de carácter técnico, con personalidad jurídica, patrimonio propio y duración indefinida [...]" y Art. 6° inciso 2°: *El Consejo, ol odoptor sus ocuerdos, deberó tener presente la orientación generol de lo político económico del Gobierno*. El hecho que deba tener presente la orientación general de la política económica del gobierno, tal como lo señala la expresión "Tener presente", no le resulta obligatoria, lo que reafirma su autonomía. Igualmente, el carácter técnico se visualiza en el Art. 3° inciso 1° "*El Bonco tendró por objeto velor por lo estobilidod de lo monedo y el normal funcionomiento de los pogos internos y externos*".

La Constitución de 1980, contempló además otras normas que tienen la misma finalidad de controlar el déficit fiscal que en definitiva era la principal causa de inflación: El endeudamiento y responsabilidad financiera del Estado son materias de ley, con lo que el Gobierno no puede por sí sólo endeudar o comprometer la responsabilidad financiera del Estado. Además, exige que la ley que autorice la contratación de un empréstito debe indicar con cargo a qué recursos será pagado, e indicar a qué proyecto específico se destinarán esos recursos, por tanto no pueden ser destinados a fondos generales de la nación. Así lo disponen los números 7, 8 y 9[16] del Art. 63 de la Constitución de 1980. Se suma a lo anterior, el Art. 67[17] que se refiere específicamente a la Ley de Presupuestos del Estado que dispone que el Congre-

15 Las actas de las comisiones de estudio de la CPRCH son claras respecto de cuál fue la intención al consagrar constitucionalmente el Banco Central: Roberto Guerrero: "Indica que otro punto se refiere a la independencia de la autoridad monetaria y cambiaria. Considera que en el texto constitucional debiera existir un reconocimiento, similar al de la Contraloría, respecto del Banco Central, cuya enunciación fundamental de funciones debiera estar fijada en la regulación de la política monetaria y cambiaria. Además piensa que este banco debiera ser un organismo independiente, carácter que, a su juicio, puede concretarse a través de los nombramientos (P. de la R. con acuerdo del Senado, inamovibles salvo notable abandono de sus funciones, renovación cada 8 ó 10 años y por parcialidades para garantizar la continuidad en el manejo de una política económica independiente. Cree indispensable prohibir que el Banco Central otorgue créditos directa o indirectamente al Estado o a los organismos que dependen del Estado, porque ello puede ser fuente de emisión contraria a una política monetaria sana" Sesión 384. Actas oficiales, p. 2818

16 Art. 63 de la CPR de 1980: Sólo son materias de ley: "7) Las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos. La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda. Sin embargo, se requerirá de una ley de quórum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial. Lo dispuesto en este número no se aplicará al Banco Central; 8) Las que autoricen la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades. Esta disposición no se aplicará al Banco Central; 9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas".

17 Art. 67 de la CPR de 1980: "El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República. El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente. La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos. No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto. Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza".

so, sólo puede reducir los gastos que presente el Presidente de la República y no puede agregar nuevos gastos sin indicar con qué recursos se financiarán, si se produce un desequilibrio producto de los ingresos señalados no permiten financiar esos nuevos gastos, el Presidente de la República debe disminuir proporcionalmente todos los gastos. Curiosamente la Constitución no señala que la ley de presupuestos deba ser anual, como lo decía expresamente la Constitución de 1925[18], por lo que perfectamente se podría presentar un presupuesto a más largo plazo con déficit intermedios, pero es una costumbre asumida desde 1891 que la aprobación es anual[19].

Como es posible de apreciar estas normas constitucionales tiene como idea fuerza el equilibrio de las cuentas fiscales, requisito esencial para la estabilidad de la moneda.

La implementación de un modelo económico neoliberal en Chile desde el año 1975, tuvo el especial cuidado de establecer los resguardos necesarios desde el punto de vista legal y aún más constitucional. Como se ha referido anteriormente, postulados básicos del neoliberalismo como el control de la inflación, equilibrio fiscal, Banco Central autónomo, rol del Estado limitado en materia económica, entre otros, por primera vez tuvieron un reconocimiento constitucional en Chile, lo que en gran medida explica que, hayan sido asumidos, en la práctica, como propios aún por quienes se manifiestan contrarios al modelo neoliberal.

18 Art. 43 N° 1 de la CPR de 1925: "Son atribuciones exclusivas del Congreso: N° 1 Aprobar o reprobar anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno" Art. 44 N° 4 de la CPR de 1925 "Sólo en virtud de un ley se puede. N°4 Aprobar anualmente el cálculo de entradas y fijar en la misma ley los gastos de la administración pública [...]"

19 La no aprobación del Congreso a la Ley de Presupuestos de 1891, fue el origen de la Guerra Civil que se produjo en Chile en 1891, por eso desde esa fecha se contempla un plazo máximo para que el Congreso la apruebe, si no lo hace rige el proyecto del Presidente de la República.

III. Constitución Económica Chilena

La Constitución Política de la República de Chile de 1980, introduce normas de contenido económico que en su conjunto podemos agrupar bajo el concepto de "Constitución Económica"[20].

En la medida que estas normas permitan el establecimiento de diversas políticas económicas, inspiradas en variadas conceptualizaciones ideológico-económicas que pueden inspirar a la autoridad, esta Constitución será de carácter neutral en materia económica; si por el contrario, sus normas o límites son de un carácter tan restringido que lleven a determinar a priori las políticas económico-sociales que deben implementarse dentro de un Estado, dicha Constitución será restringida o interesada, teniendo

20 Por Constitución Económica podemos entender "El conjunto de normas de rango constitucional que regulan los actores y los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad económica de un país". Podemos explicar nuestra definición: a) Normas constitucionales: Las normas constitucionales por su preeminencia son las que en definitiva determinarán, dentro del sistema positivo, los parámetros por los cuales deben regirse el resto de las normas jurídicas de inferior jerarquía, las cuales deberán ajustarse a la Constitución para fijar las políticas macro y microeconómicas que adopte la autoridad. Según Hans Kelsen "Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho que la creación –y por consecuencia la validez–de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto" Kelsen, Hans: "Teoría pura del Derecho" (1934), 1960, p. 147.b) Regulan los actores económicos: Son normas constitucionales que indican cuáles deben ser los sujetos que pueden participar en la actividad económica del país, a saber: el Estado como tal, Estado empresario, empresas mixtas y los particulares; y c) Fija los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad económica: Las normas constitucionales determinarán cuáles serán las limitaciones para la actuación económica de cada uno de estos actores económicos y los parámetros de la actividad económica misma, principalmente: el sistema de propiedad y la funcionalidad económica (mercado, plan o un sistema mixto). Por el carácter constitucional de estas normas, su infracción se constituirá en una infracción al orden jurídico fundamental de la República; asegurándose así su respeto estableciéndose para ello los mecanismos de protección necesarios, que deberán operar ante dichas infracciones. Una Constitución, que así como debe determinar el sistema político que regirá a un Estado (sistema presidencial, parlamentario, semipresidencial, monarquía constitucional, etc.), también debe referirse a las bases del sistema económico-social que determinarán la actividad económica del Estado. Ver Guerrero Becar, José Luis: "Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980". Tesis de licenciatura. (1991). cit. (n. 10)

mayores posibilidades de adscribirse definitivamente a un sistema o modelo económico determinado.

Para poder visualizar un sistema y modelo económico, es necesario revisar los parámetros que permitan definirlo: sistema de propiedad de los recursos productivos –pública, privada o mixta–, mecanismo de funcionalidad económica, esto es, aquel mecanismo que permite asignar los recursos: mercado o plan central, y por último la ideología sustentadora.

La Constitución Económica[21] chilena, se pronuncia tácitamente sobre los dos primeros puntos que son aquellos con mayor connotación económica: Las garantías constitucionales resguardan ampliamente el derecho de propiedad (Art 19 N° 23, 24 y 25 CPRCH) y la libertad de empresa restringiendo la actividad empresarial del Estado (Art. 19 N° 21 y 22 CPRCH), es decir, garantiza como derechos fundamentales las bases de una economía de mercado. La Constitución chilena aunque nunca mencione la palabra mercado como sí lo hacen muchas otras constituciones como la española de 1978, no cabe duda que reconoce a la economía de mercado especialmente al proteger la libertad de empresa, la libertad de trabajo y la propiedad privada, estableciendo restricciones para la actuación del Estado empresario, y en mi opinión, incluso va más allá, ya que establece las bases de una política monetaria que privilegia el control de la inflación sobre otros objetivos macroeconómicos, y consecuentemente restringe, aunque no imposibilita, un manejo económico keynesiano basado en la política fiscal y el manejo de la demanda agregada.

El Art. 19 N° 21 de la CPRCH garantiza la libertad para desarrollar una actividad económica y dispone que el Estado sólo puede actuar en actividades empresariales si una ley de quórum calificado lo autoriza y sometiéndose a las mismas normas que los particulares, con ello se consagra el principio de la libertad de empresa, y que el rol primordial lo tienen los particulares en el mercado, el Estado sólo actúa por excepción. Esta norma está inspirada en el principio de subsidiariedad económica. Luego, el Art. 19 N° 22 de la CPRCH establece la garantía constitucional a todas las personas de la no discriminación arbitraria en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica. Estas normas son fundamentales para limitar y consagrar el papel o nuevo rol del Estado de Chile, que de un rol de Estado empresario y desarrollista de los años 50 del siglo pasado pasa a constituirse en un Estado subsidiario con una serie de limitaciones para actuar o intervenir en materias económicas. Asimismo, esta disposición establece la hegemonía del sistema de precios que debe operar en el mercado libre de interferencias por parte de la autoridad gubernamental.

Entre otras normas de funcionalidad económica destacan los Arts. 63 N°s 7, 8 y 9 CPRCH, ya mencionados anteriormente en cuanto son materias de ley el endeudamiento y compromiso financiero del Estado, y a diferencia de la Constitución de 1925 –que también contemplaba como materia de ley aquellas que se refieran al endeudamiento del Estado– esta vez el constituyente exige que se indiquen en la propia ley las fuentes de financiamiento, que se destinen los fondos recaudados vía endeudamiento a proyectos específicos, y además, que de superar el período de endeudamiento el período presidencial, exige que la ley sea aprobada por un quórum calificado. En cuanto a la Ley de Presupuestos, el Art. 67, da señales inequívocas del equilibrio fiscal, o al menos evitar el déficit fiscal, según ya expresamos anteriormente[22]. También mencionamos el capítulo especial de la Constitución chilena dedicado al Banco Central que le otorga autonomía y lo define como un órgano técnico, ¿técnico en qué sentido? Creemos que es técnico para hacer lo que le corresponde hacer, según su ley orgánica, Art. 3 de la Ley 18.840: velar por la estabilidad monetaria y normal funcionamiento de los pagos internos y externos; prohibiéndole constitucionalmente al Banco Central ser prestamista del Estado y sus organismos, salvo caso de guerra exterior.

21 En relación al origen y otras visiones sobre el concepto de Constitucion económica y orden público económico, ver Fermandois Vohringer, Arturo: "Derecho constitucional Económico" (2000).

22 Ver nota 16.

Las normas mencionadas reconocen un amplio respaldo y resguardo a la iniciativa privada y tratan la actuación del Estado desde su nuevo rol. Así, establecen una serie de requisitos para su actuación y que en especial se refieren a quórum legislativos más altos a los normales (Ley de quórum calificado) para poder autorizar su actuación en la vida económica

En materia de política económica, creemos que también estas normas indirectamente se pronuncian al respecto y lo hacen hacia un manejo monetarista de la economía, con especial énfasis en el manejo inflacionario y del gasto público[23], por tanto establecen resguardos y condiciones para una adecuada política monetaria por sobre la política fiscal.

Ello se aprecia del análisis de normas como las referidas al Banco Central. Su solo reconocimiento constitucional y el carácter de autónomo que se le entrega ya vislumbra la intención de ubicarlo como regulador de la economía nacional, complementado con su Ley Orgánica Constitucional que establece como su objetivo de mantener la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos. El Banco Central de Chile ha tenido un gran éxito en el control de la inflación desde 1990 en adelante, incluso en períodos de crisis internacional como la llamada "crisis asiática" en que en Chile se vieron afectadas diversas variables macroeconómicas, como el empleo y los términos de intercambio, pero la inflación continuó su tendencia a la baja y en este período en cifras de un dígito. ¿Sin los resguardos constitucionales que ya hemos mencionado podría el Banco Central de Chile haber mantenido su política monetaria restrictiva? Creemos que le habría sido muy difícil, ya que no es responsabilidad del Banco Central sino del poder ejecutivo controlar una de las causas de la inflación como lo es el déficit fiscal, pero a ello le ayuda, y mucho, el diseño económico constitucional.

Las normas constitucionales están encaminadas a impedir la expansión monetaria y controlar el gasto público, lo que surge del análisis especialmente de los artículos 63 Números 7, 8 y 9, Art. 64 inc. 4 N°s 1, 2, 3 y 4, Art. 67 sobre Ley de Presupuestos, y Arts. 108 y 109 sobre Banco Central, en particular este último que dispone en sus dos primeros incisos: "*El Banca Central sála padrá efectuar aperacianes can instituciones financieras, sean públicos a privadas. De manera alguna padrá otorgar a ellas su garantía,* ni *odquirir dacumentas emitidas par el Estada, sus arganismas a empresas. Ningún gasta público a préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectas del Banca Central*".

IV. Consagración de un sistema o modelo económico a nivel constitucional

Utilizando un criterio económico y no necesariamente jurídico es posible intentar demostrar la institucionalización constitucional en Chile o al menos la orientación hacia un manejo monetarista.[24]

En nuestra opinión, la Constitución chilena restringe una serie de instrumentos que se utilizan por parte de los Gobiernos para realizar o llevar adelante un modelo fundado en políticas fiscales. Igualmente, en ella se restringen mecanismos de redistribución a la incorrecta asignación de recursos que puede efectuar el mercado. A vía de ejemplo, los impuestos, creación de servicios públicos, nuevos empleos fiscales o aumento de sueldos del sector público deben ser objeto de una ley. Por el contrario, institucionaliza herramientas propias de la política monetaria, como la autonomía del Banco Central que fija la tasa de interés de referencia o la prohibición de emitir para financiar gasto público.

La Constitución restringe, aunque no impide, la aplicación de instrumentos de política fiscal como es el manejo por parte de un gobierno de tasas de impuestos y gastos público sean corrientes o de trans-

23 Ver Guerrero Becar, José Luis: "La libertad para desarrollar actividades económicas del Art. 19 N° 21 y la Constitución Económica" (2000), p. 141 a 156.

24 Ver Guerrero Becar, José Luis: "La libertad para desarrollar actividades económicas del Art. 19 N° 21 y la Constitución Económica" (2000), p. 141 a 156 , cit. (n.22)

ferencia (Arts. 63,64 y 67 CPRCH), privilegiando el equilibrio fiscal y la estabilidad de la moneda, ambos, objetivos macroeconómicos que privilegian los monetaristas.

El contexto y tendencia económica mundial, nos indica que el control de la inflación y el equilibrio fiscal son objetivos a privilegiar en un manejo macroeconómico, pero la legítima inquietud que surge es si una Constitución debe servir a su tiempo o bien debe establecer los principios básicos que guíen a la República por un largo plazo, dejando a normas legales de inferior jerarquía, la orientación o establecimiento del modelo económico, de modo que si las tendencias o teorías económicas cambian no deba modificarse la Constitución.

Los constituyentes de 1980 optaron por no establecer un capítulo especial referido al orden público económico en la Constitución. Es posible citar al Fiscal del Banco Central de la época, quien fue asesor de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, Roberto Guerrero, quien en las actas de las sesiones de estudio de la Constitución, señaló que sería grave consagrar un determinado modelo económico, ya que cada vez que se modificaran o alteraran las variables sería necesario reformar la Constitución, sin embargo, a continuación expresó: "Por el contrario, el establecimiento de un orden público económico, entendido como el conjunto de normas y regulaciones que permiten el funcionamiento de la economía, dentro del contexto del modelo político y social que el sistema institucional le está dando al país, lo estimamos de la más alta conveniencia, ya que permitirá que la conducta de los individuos y del Estado en el campo económico esté regulada por normas del más amplio rango en estructura jurídica del país".

Para consagrar un modelo no sólo la fórmula más directa es la más efectiva, es decir, adscribirse expresamente a un modelo como en el caso cubano que se define en su Constitución por el control estatal de la economía o en el caso español que se define constitucionalmente como una economía de mercado (art. 38), sino que también puede seguirse el camino de describir o consagrar los mecanismos que se desea privilegiar como la estabilidad de los precios, el equilibrio de las cuentas internas, el rol subsidiario y las limitaciones a la actuación del Estado en la economía, limitaciones a políticas económicas fiscales como el manejo de los impuestos y el gasto (Arts. 63 y 64 de la CPRCH), todo ello, por sólo mencionar algunas normas, nos pueden llevar a la misma conclusión, más aún cuando su redacción se da "dentro del contexto del modelo político y social que el sistema institucional le está dando al país", como expresare Roberto Guerrero, léase contexto histórico de régimen militar declaradamente anticomunista y con manejo económico neoliberal. Igual mención nos merece la Constitución española, que no señala expresamente a qué modelo se adscribe, pero da orientaciones que nos permiten llegar a conclusiones, como por ejemplo su Art. 40 señala que "los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo". Esta norma, constitucionalmente prioriza uno de los objetivos macroeconómicos a lograr al destacar la búsqueda del pleno empleo, con lo que a lo menos podemos estar ciertos que el modelo perseguido no es neoliberal, modelo que prioriza la estabilidad de los precios, para consecuentemente lograr el pleno empleo a mediano o largo plazo.

En cuanto a la protección del modelo, la Constitución chilena como método de control de la garantía de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, estableció el recurso de protección de garantías constitucionales que se interpone ante las Cortes de Apelaciones del país. Sin perjuicio de esta protección, adicionalmente el gobierno militar en uno de sus últimos actos legislativos en marzo de 1990, publico la ley 18.971, creando el recurso de amparo económico, cuyo objeto de protección o amparo es la garantía constitucional de la libertad de empresa consagrada en el Art. 19 N° 21 de la CPRCH, ley que

por su carácter escueto o quizás la premura, dejó una serie de puntos que han debido interpretar los tribunales como lo es su compatibilidad con el recurso de protección, si procede sólo respecto del inciso primero o bien, de ambos incisos del 19 N° 21, o si procede sólo contra el Estado o puede ser interpuesto entre particulares, todas situaciones en que la jurisprudencia ha sido vacilante. Sin embargo, no lo ha sido en reconocer que la Constitución restringe la actividad del Estado y que por otro lado, no obstante la libertad económica, propia de un modelo de mercado, el Estado mediante normas legales puede regular u ordenar esta actividad.

Es importante destacar que las normas de contenido económico de la Constitución no han sido modificadas desde su texto original de 1980, salvo en su numeración. Esto quiere decir que durante su vigencia tanto el gobierno militar (1980-1990) como los gobiernos democráticos (1990-2009), ha respetado normas constitucionales económicas diseñadas en un contexto monetarista, sin que se conozca alguna intención clara por una reforma constitucional de normas de contenido económico, por lo que perfectamente podemos presumir que el modelo monetarista sigue establecido en la Constitución.

Para confirmar la hipótesis, es posible revisar las cifras de inflación y desempleo desde 1980 al año 2008, variables que según Phillips son antagónicas, y es posible apreciar que a diferencia del desempleo, la inflación –salvo el año 2008– ha seguido una constante tendencia a la baja. Incluso durante la crisis asiática –1997-2001– la inflación se mantuvo controlada fluctuando entre un 6% en 1997 y un 2,1% en el año 2001 a diferencia del desempleo que se elevó de un 6% en 1997 a un 11,9% en el año 2000, es decir, las cifras indican que se privilegió el control de la inflación aun en períodos de aumento del desempleo, ¿Quién fue el responsable de esa decisión económica? ¿el gobierno, el Banco Central o el mandato constitucional? La respuesta puede ser variable, pero no cabe duda que constitucionalmente se reconozcan aspectos estructurales económicos: autonomía de la política monetaria, prohibición de emisión para endeudamiento fiscal, control de gastos del Estado.

Toda esta discusión es válida en la medida que los gobernantes respeten el orden establecido, Rule of Law, ya que de otro modo basta que llamen a asambleas constituyentes, disuelvan el Congreso o derechamente prescindan de su Constitución para poder validar el modelo económico en el cual creen.

V. Conclusión

Como he tratado de ejemplificar, derecho, economía y política están claramente vinculados, hoy ni la economía es sólo ecuaciones o gráficos ni el derecho son sólo reglas sin sentido, ambas ciencias tienen la misión de contribuir al bienestar social, al bien común, objetivos en los cuales perfectamente pueden converger tanto la libertad como la igualdad; no podemos construir caminos separados para el derecho y la economía, ello es ineficiente e ineficaz; por el contrario, son caminos paralelos y muchas veces convergentes y necesariamente la unión, el puente, deberá construirse en base a los valores, a la ética y la filosofía, y no sólo en base a un análisis económico de los costos de un contrato, o al cálculo del costo de oportunidad económico del cumplimiento o no cumplimiento de una determinada norma jurídica, esa forma de vincular el derecho y la economía es demasiado utilitarista y afecta la esencia del derecho.

Por el contrario, previo a aplicar modelos económicos al derecho, y convertir al derecho en un objeto de observación más de los economistas, debemos volver a los orígenes, a las ideas, a los valores, a la ética y a la filosofía como punto de partida del análisis, y allí ambas ciencias seguramente podrán aportar con respuestas más coherentes que nos permitan construir la plataforma económica y jurídica de la visión de país que podamos consensuar.

En el caso que planteamos para ejemplificar la vinculación de derecho y economía, esto es la Constitución chilena, podemos concluir que en nuestro concepto, institucionaliza, en términos generales, el

sistema y modelo económico que inspiraba al tiempo de su dictación: Un sistema capitalista o liberal y un modelo económico neoliberal-monetarista de economía abierta. Por lo que podemos definirla como una Constitución restringida o interesada en materia económica. Se dan todos los elementos para ello: Establece un régimen de propiedad privada; tácitamente otorga un importante rol al mercado y a los actores privados; relega al Estado a un papel subsidiario, lo que se complementa con una adscripción política al sistema liberal-democrático.

En cuanto al modelo neoliberal reconoce constitucionalmente una preeminencia o priorización de los objetivos macroeconómicos de la estabilidad de precios y equilibrio de las cuentas interna y externa, por sobre la búsqueda del pleno empleo (sólo se refiere a la libertad de trabajo pero no a la obligación de otorgarlo) y al desarrollo económico, que debería lograrse como consecuencia del logro de los dos primeros objetivos macroeconómicos. En consecuencia, el "triángulo mágico" que reconoce la Constitución, a un nivel de exégesis constitucional, es: Estabilidad de precios, equilibro de la cuenta corriente fiscal y crecimiento económico. El elemento sacrificado es el pleno empleo, lo que no implica que no se logre, sino que no puede sacrificarse ni la estabilidad de precios ni el ajuste de la cuenta corriente para lograrlo, lo que desde ya, por ejemplo, impediría un manejo keynesiano, salvo que lo realice el Estado con sus recursos y sin incurrir en desequilibrios fiscales. Todas estas medidas se ajustan claramente al pensamiento monetarista.

Debemos señalar nuestra advertencia al reconocimiento en la Constitución, de un modelo económico en particular, ya que restringe sobremanera, el manejo adecuado de las coyunturas y la natural evolución de la visión ideológica económica de las mayorías de un país, una visión restringida es un llamado a reformar constantemente la Constitución. Por el contrario, la regulación del orden económico, fijando parámetros básicos como el reconocimiento al derecho de propiedad, reconocer el rol del mercado, establecer deberes al Estado (lograr el bienestar y desarrollo de los individuos), fijar reglas de sano comportamiento fiscal y dar autonomía al Banco Central, pueden permitir la implementación de un sistema económico de largo plazo, pudiendo cada gobierno resguardando esos principios básicos y dar el énfasis social al Estado que estime conforme a sus convicciones.

En otras palabras se puede consagrar un sistema económico, pero no un modelo económico determinado. La Constitución "económica" chilena se encuentra en la frontera, ya que de manera tácita consagra un sistema capitalista y fija las bases de un modelo monetarista, pero tuvo la visión de largo plazo o la fortuna que esos postulados hoy no sean cuestionados incluso por quienes se definen como socialistas.

Con el caso chileno, quiero ejemplificar que en la historia, en el mundo de las ideas, en la política, en el día a día, el derecho y la economía necesariamente se relacionan, ya sucedía en los escritos de los filósofos griegos, con los padres de la Escuela de Salamanca, con la Escuela Austriaca, de Chicago y los keynesianos, y sucede día a día en los congresos nacionales en que la economía se trata de regular legalmente, sucede en cada transacción por pequeña que sea, y esta vinculación permanecerá por mucho tiempo, de allí que derecho y economía, en el ámbito constitucional, tienen una vinculación necesaria y permanente.

VI. Referencias bibliográficas

Aristóteles: *Lo Político*. Barcelona: Bruguera S.A, 1974. p.72

Cachanosky, Juan Carlos: *Economía, derecho y el onólisis económico del derecho*, disponible en World Wide Web: http://www.atlas.org.ar/economia/cachanosky_2.asp

Cachanosky, Juan Carlos: *Los fundomentos económicos del derecho*. Modulo I, Programa Latinoamericano

Laws and Economics. www.corporatet.com (no editado).

Cachanosky, Juan Carlos: *La Escuela Austriaca de Economío*. Buenos Aires: Atlas del Sud. Edición Especial, 1998.

Cardoso, J. - Almodovar, A. (coord.) Actas de encuentro ibérico sobre historia de pensamiento económico. Lisboa: Cisep, 1992. p. 41-62.

Constitución Política de la República de Chile. Santiago: Editorial Jurídica.

Ebeling, Richard: *El Estado y la planificación central de lo moneda. Los economistas austriacos y de Chicago opinan sobre lo moneda, lo infloción y lo gran depresión*, disponible en World Wide Web: http://www.atlas.org.ar/economia/ebeling_2.asp [2007]

Fermandois, Arturo: *Derecho constitucional económico*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago: Tomo 1, 2000.

Guerrero Becar, José Luis: *La libertad para desarrollar actividades económicas del Art. 19 N° 21 y lo Constitución Económica*, en Revista Persona y Sociedad, Volumen IV, N° 3, diciembre de 2000, del Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales ILADES y la Universidad Alberto Hurtado. P. 141-156.

Guerrero Becar, José Luis: *Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chileno: Constitución Politica de la República de 1980*. Tesis de licenciatura. Valparaíso, 1991.

Hesíodo: *Los Trabajos y los días*. (1995), disponible en World Wide Web: http://www.imperivm.org/cont/textos/txt/hesiodo_los-trabajos-y-los-dias.html [2007]

Huxley, Aldous: *Un mundo Feliz*. Barcelona, 2002.

Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho* (1934), 1960. p. 147.

Montes, Leonidas: *Adam Smith: ¿Liberal o Cristiano?*, en Estudios Públicos 93. Santiago, 2004. p. 103-128.

Muñoz Goma, Oscar: *El modelo económico de la concertación. 1990-2005 ¿reformas o cambios?* Santiago, Chile: FLACSO, 2007.

Radford, R. A: *The economic organization of a P. O. W. Camp*. (Nov. 1945), texto traducido disponible en World Wide Web: http://aulavirtual.bde.es/wav/documentos/precios_doc_3.pdf

Rosende, Francisco: (editor,) *La Escuela de Chicago*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007.

Valdés, Juan Gabriel: *La escuela de Chicago, operación Chile*. Santiago, 1989)

The rule of law and development

By Dr. Eduardo A. Mayora[1]

I. Introduction.

The object of this paper is to discuss the extent to which economic development and certain features of the rule of law are intimately related. This idea, as a general proposition, is not a novelty. In The Constitution of Liberty, F. A. Hayek takes us through the historical journey of the ideal of a "government of laws and not of men", which can be traced back to Antiquity.[2] However, the practical adoption of this ideal requires a rather detailed examination of the basic characteristics of each of the institutions, offices, and agencies that, for the most part, make or fail to make the rule of law a daily reality.

So much emphasis has been placed on the spontaneous orders of society, on the market, that the consideration of those organizations that can contribute to their most efficient operation has been left to scholars and professionals that, for the most part, are not concerned with the interrelation between the market and legal institutions.

In short, economic development is not only dependant on the rule of law, as an ideal to be widely embraced, but more concretely on the realization at every level of institutional life of the functions and actions that give actual meaning to this ideal. This might seem obvious now, but only fifteen years ago or so a private foundation, directed by very competent professionals, approached a former president of my university and asked him to prepare an economic plan for the transition to or instauration of a market economy system in a socialist country. His reply was basically that there is no way to "plan a market economy", that the market process emerges from the establishment of certain legal institutions that effectively limit or direct the decisions of public officials towards the realization of certain aims, the most important of which are, precisely, to enforce and protect property rights, contracts, and personal liberties. Together with him we ended up drafting a kind of "model constitution" for them.

Paradoxically, the rule of law has become a very powerful idea and, at the same time, a very vague one. It is probably a set of circumstances that is easier to miss than it is to actually experience. Partly this has to do with the fact that the ordinary citizen rarely has the opportunity to go through a situation where the obvious reflection would be: "thank God for the rule of law". Beyond a car accident or a claim for invalid telephone or credit card charges, the ordinary citizen rarely becomes familiar with governmental agencies or the court system in any substantial way.

I think this is true even in countries where the rule of law is one of the principles expressly declared to be the basis of the political and legal systems and is widely proclaimed in political discourse, although it

1 Doctor en Derecho por las Universidades Francisco Marroquín y Autónoma de Barcelona; Master of Laws por la Universidad de Georgetown; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Rafael Landívar; ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín (1989-2000); Catedrático de la Universidad Francisco Marroquín, de la Universidad de San Carlos de Guatemala y de la Universidad Rafael Landívar; ex Presidente del Comité de Fiduciarios de la Universidad Francisco Marroquín.

2 *The Constitution of Liberty*, Routledge, London 1960.

might not be fully operative. However, in places where the rule of law is hardly more than a mere appearance or where it does not transcend from the formal to the substantial level, everyone, perhaps with the exception of the wealthy and powerful, suffers from the absence of the rule of law. They are frequently exposed to be the victims of arbitrary decisions on behalf of governmental agencies, or are likely to have to "bribe there way out" of situations that need not be a problem, but for a civil servant that chooses to make one, because he has sufficient discretionary power.

In order to move from the mainly rhetorical and formal promulgation of the rule of law to a more meaningful situation it is indispensable to adopt a series of measures, many of which are often unpopular. Thus, in what follows I will try to briefly discuss the specific areas where the ideal of the rule of law must become a concrete realization and, very succinctly, how this could come to happen. Unless developing countries in general move from the abstract adoption of the ideal of the rule of law to its concrete realization, their path to development will be longer and more complex. The twenty first century may or may not be "their century" depending largely on this question.

II. Some of the issues.

It is difficult to exaggerate the levels of frustration that the ordinary citizen faces in countries where the rule of law is mostly superficial formality or appearance. Even something as basic as getting a driver's license can become a nightmare. Should one be the victim of a robbery, the most practical and "safe" thing to do might be to just turn the page and forget about the incident. Getting a simple contract enforced may well take up to four or five years and property rights of all sorts are constantly vulnerable to unexpected threats or usurpations. Credit is, thus, expensive and banks have to hedge their risks demanding collateral in excess of what would be required but for the feebleness of the court system. In the informal sector the means of collection of debts are frequently associated with illegal coercion or outright violence.

The tax code is constantly undergoing amendments in order to cope with the creativity of tax lawyers and CPA firms. Tax inspectors are thus prone to question almost anything that might possibly be characterized as being subject to taxation. Time and time again the same matters are discussed before the tax courts. Loopholes generally hinge on formalistic interpretations partly because the court system is also used to perform Byzantine dissections that seldom go to the essence of the question.

In connection with this, medium and small size business firms are often faced with the choice of being competitive or paying taxes. Not only smuggled products or counterfeit merchandise, but the impossibility to meet the terms and conditions of their competitors that have opted partially or totally out of the system, coupled with the inability of tax authorities to bring latter back in, drags them in the same direction. The response of lawmakers is often times yet another amendment to the tax code, increasing the tax burden for the ever fewer firms that remain in the formal sector of the economy.

Public officials are frequently of the view that a "good idea" must be "legal". Thus, public procurement regulations and administrative procedures are considered an obstacle rather than the normal way to do things. Public procurement procedures usually take long and are frequently the object of administrative appeals based, again, on formalities of secondary importance. At the end of the day, the head of the department or agency involved comes to realize that his or her projects will most probably fail to even get started, should the legal proceedings be observed. Another quest for loopholes begins.

Once the fundamental decision to have a "government of laws and not of men" is adopted, the issues are basically three:

1. How to put the right incentives in place;

2. How to get and maintain a professional team; and

3. How to get the team to deal with the substance of each matter.

III. Consensus at a global level.

It is only very recently that multilateral organizations and agencies such as the World Bank have looked at the specific institutions and processes that make the rule of law a "pedestrian reality". I am not aware of any other prior comprehensive study and publication made by them of the nature of the series *Doing Business in 2004 Understanding Regulation; Doing Business in 2005 Removing Obstacles to Growth; ond Doing Business in 2006 Creating Jobs*, conducted by the World Bank, and I think that the width and depth of these projects reflect that public policy experts, economists, advisors, and so forth have only fairly recently arrived at a consensus that legal institutions of this sort are not a given and are critical in order to achieve economic development. [3]

I have reported elsewhere, to the *Association Henri Copitant des Amis de lo Culture Juridique Française*, that, in my opinion, these studies do not grasp the essence of the so called *Civil Law* system in a number of ways, thereby criticizing a series of aspects that I would characterize as accidental, but not essential or connatural to this legal tradition. But the point that deserves attention here is that there is growing recognition that the efficient operation of the basic legal institutions related to the rule of law is as relevant to economic development as the establishment of sound macroeconomic policies. Moreover, the latter cannot possibly be successful in the absence of the former.

This should not be very difficult to demonstrate since, in general, monetary and fiscal stability require a number of legal sub-systems to work. If one considers, for example, the banking system of any country it is clear that the absence of adequate mechanisms to enforce regulations aimed at providing for transparency; on the one hand, and for the enforcement of contracts, on the other, will be inefficient. It is difficult to imagine a sound financial system where the banking community does not adhere to accounting practices that might allow economic agents to choose to do business with one bank or another. To achieve this it is not sufficient to mandate the use, on a consistent basis, of a certain set of accounting principles and periodic reporting of financial statements, prepared on the basis of such principles. Additionally, it is necessary to make sure that in practice banks and other financial institutions actually observe their application. But in order to assess the real value of the assets of banks and other financial institutions, for example, it is necessary to consider whether those assets are supported by an efficient court system and other related agencies, if or when it might become necessary to take legal action against those liable to pay the loans.

In other words, things such as inflation may be under control at any given point in time, but the cost of getting a loan may be much higher than it should be for any entrepreneur in a situation where the banks in general need to incorporate in the rates of interest they charge for loans, the inefficiencies of the court system. Moreover, it is doubtful that an economy with high financial costs may be stable in the long run; much less successful.

Something similar may occur regarding budgetary stability. The ability to collect taxes mainly de-

3 A publication of *The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank*
As a matter of fact, in the preface to *Understanding Regulation;* (P. viii), it is noted that: "Although macro policies are unquestionably important, there is a growing consensus that the quality of business regulation and the institutions that enforce it are a major determinant of prosperity. Hong Kong (China)'s economic success, Botswana's stellar growth performance, and Hungary's smooth transition experience have all been stimulated by a good regulatory environment. But little research has measured specific aspects of regulation and analyzed their impact on economic outcomes such as productivity, investment, informality, corruption, unemployment, and poverty. The lack of systematic knowledge prevents policymakers from assessing how gook legal and regulatory systems are and determining what to reform.

pends on two factors: (1) reasonable and realistic tax rates; and (2) efficient systems to collect them. When tax receipts diminish or fail to grow sufficiently to support pressing budgetary conditions, it is not realistic to just consider a further increase in tax rates. First, because of the political costs of doing so, but more importantly because those business firms that are operating at marginal levels would most probably be forced either to move to the informal sector of the economy or to close shop. Tax receipts would, in both cases, diminish even further. Thus, in this type of circumstances, the Government can only move in one of two directions: incurring more public debt (thereby potentially affecting fiscal and monetary stability), or becoming a better tax collector. This, again, requires a number of legal institutions to function professionally: tax inspectors, tax tribunals, and the court system in general.

The reasonableness and realism of tax rates is a simplified way to describe the characteristics that the tax code, or the tax legislation, requires in order to work well. We will touch on this later as well as on some of the elements that allow for the fruitful organization of functional institutions. For the time being it suffices to restate that the causal relationship between: (1) the sets of rules that, consistently applied by serious institutions, make the ideal of the rule of law a day to day reality; and (2) economic development; has become clearer in several important ways.

IV. The political arena.

At the level of the political arena, there seems to be sometimes a sort of schizophrenia: although political leaders constantly proclaim their convictions that the rule of law must be observed as a general principle of public life, however, when it comes to choosing, for example, between the creation of ten more courts or building a new airport, they go for the airport.

This may be attributed to a combination of several factors, including a certain degree of ignorance of the interrelation between the operation of the market and the efficacy of certain institutions, such as the courts in this example. The causal relation between a more efficient apparatus in order to support the protection of property rights and contractual arrangements, on the one hand, and economic development, on the other, is neither intuitive nor immediately noticeable.

But there is also the public choice side of the problem: in the time frame within which political agents need to compare the costs and benefits of giving their support for each option –the new courts or the airport– it is probable that the latter reports greater political profits (because the benefits to their constituencies are more immediate in time and do not depend on further future decisions and actions by still other political agents).

Therefore, even where a number of political leaders have become knowledgeable about the mid to long term beneficial consequences that follow from the articulation of a sound set of rules and the establishment of strong and efficient public institutions that work to support the better operation of markets, it may still be rational for the political leaders to choose the courts over the airport. Of course, in real life all decisions are made marginally and thus, to the extent possible, this should be viewed in terms of the sacrifice of "x" units of courts for "y" units of airport.

In the same general context that I am discussing here, special interest groups (private or otherwise) often prefer to lobby for projects that purport more short term benefits for the political leadership (a new airport), rather than others whose benefits depend on a chain of future decisions or choices that may or may not be made as required.[4] The two options (the courts and the airport) might be of interest to a group of firms that export perishable products, un-

4 Brennan, Geoffrey and Buchanan, James M., *The Reason of Rules*, The Collected Works of James M. Buchanan, Chapter 5: "Time, Temptation, and the Constrained Future". Liberty Fund Inc., 2000; Cambridge University Press, 1985.

derstanding that, in the long run, their investments will be better protected by impartial and fair judges. At the same time, they cannot fail to consider the risk that once the courts are established, some five years down the road their powers might become restricted or their resources insufficient.

In addition to the kind of problems mentioned above, there is the issue of conflict of interests. In general, this means that a professional police force, a well organized office for the prosecution of legal infringements, along with a good working court system, will result –among other things— in greater accountability on behalf of the political agents. Thus, a wide scope of problems ranging from the negligent use of public money to plain acts of corruption and other related crimes, naturally come under closer scrutiny and stricter control. It is only logical that those potentially liable for these legal violations will not be prone to support the strengthening of the offices or agencies in charge of applying the law.

Therefore, the facts that (a) the causal relation between good working basic legal institutions, indispensable in order to support the appropriate operation of a market economy, and economic development are not immediately apparent or intuitive; and (b) even where the connection has been understood, it is often not profitable for the political agents or for special interest groups to use resources to favor this type of institutions –or perhaps even contrary to their short term interests. This calls for considering the role of constitutional rules in order to sort these problems out.

Where the rules of the constitution effectively constrain the ability of political agents to maximize their political profits (in terms of votes or support for future votes) in the short term, at the cost of long term projects or objectives, the risks of excessive strategic behavior on their behalf diminish.

In this connection there are two aspects that require specific attention: 1) priority; and 2) substantive powers. Constitutional rules must require that, in the process of allocating resources through the preparation and approval of the budget (at every level of government), those in charge must determine that the institutions that make the rule of law a living reality have been assigned the necessary resources in order to operate independently and effectively, before resources are allocated for other programs and agencies. Which are these institutions? This obviously depends on certain characteristics of the constitution since, for example, large federal states will and need not replicate at every level of government the same type of departments and agencies. However, one can think of a matrix where there are basically three sets of rules that could be the object of infringement, namely: Civil/Commercial Law; Criminal Law; and Constitutional/Administrative Law. Furthermore, there can be two types of actions, depending on the nature of the violation and the rules infringed: Private Action; and Public Action. This refers to whether one or more single individuals or private organizations can or should promote the appropriate legal proceedings. Since this is generally costly, it is clear that, as a general rule, a private party will only undertake the exercise of a legal action where it expects that, one way or another, it will recover these costs.

This matrix can be made more complex in order to show whether any legal action may be exercised both by a private party and a governmental official or whether it is exclusive of either. It can also be made to show aspects such as the nature of the consequences of the infringement, namely: mainly punitive (time in prison; prohibition to practice a profession, etc.) and/or compensatory (redress for damages, a contractual indemnification, etc.). However, it is important to understand that any and every aspect of a matrix like this does not necessarily imply that, in general, the legal system is structured such that property rights can be clearly defined, easily exchanged, and effectively protected. The substance of the rules may leave more or less room for the definition of private property rights and yet the matrix would look much the same. Thus, most of the time if underground minerals and hydrocarbons belong to the state and cannot

be privatized, because of a constitutional provision or so, infringements of the rules that regulate the exploration and exploitation of those resources will generally be exercised by a public official on behalf of the state or any particular agency thereof.

The matrix would, then, look like this:

Area of the law	*Civil/ Commercial*	*Criminal Law*	*Constitutional/Public Administrative Law*
Type of action			
Private Action	X	X	X
Public Action		X	X

Although there are few cases where it is necessary that the state exercises a legal action where the rights or interests at stake are mainly private, such as on behalf of mentally disabled people, for example, it is fair to say that there are substantially more cases where some sort of public interest is involved that, notwithstanding, may be sufficiently connected with the rights or interests of a specific individual or organization such that there are enough incentives to take on the costs of pursuing legal action. Private victims of several kinds of crimes are often sufficiently motivated to do that, although it is not uncommon that the law may impose certain limits or restrictions to this. This is, fundamentally, a mistake. Where there are sufficient common objectives as between the interests of certain specific individuals and those of the community, and the means to achieve those objectives are equally applicable to private and public action efforts, it is unwise to prevent or deter those specific individuals from taking on the corresponding costs for themselves and pursue whatever action may be appropriate.

However, there is a sort of gray area in this matter and it has to do with the use of coercion or physical force. Although it is not uncommon for private companies to provide services in terms of preventive/defensive security, the opposite is generally believed to be subject to more efficient checks under the power of the state. Not so much that the repressive private security would be less efficient, but that it would not operate in the pursuit of public interests if basically driven by profit. For our purposes here we will consider this to be a valid proposition.

Thus, the matrix above can be expanded to distinguish between preventive/defensive actions and repressive ones, where coercion or violence can be legally used:

Area of the law	*Civil/ Commercial Law*	*Criminal Law*	*Constitutional/ Public/ Administrative Law*
Type of action			
Private Action Preventive/defensive Repressive	X	X	X
Public Action Preventive/defensive Repressive		X X	X X

Again, depending on the size and structure of any state (small and unitary versus large and federal, for example) the specific individuals, agencies or officials in charge of each kind of action will vary. However, using the matrix above it is possible to get a glance at the "core rule of law institutions" whose functionality will mostly determine whether the rule of law remains a mere ideal or a daily reality. In Annex I to this paper there is an extended version of the matrix that, although it does not reflect the actual system of any particular jurisdiction, it does show in more detail the core institutions.

It is important to note that the rich countries succeeded in good part because, through relatively long periods of time, their rule of law institutions were reasonably strong. Moreover, these institutions grew solid and independent before the time when governments in general grew bigger and became involved in many more activities and programs.[5]

But the focus regarding resource allocation is more of a qualitative than a quantitative nature. Constitutional rules must require those public bodies in charge of preparing, discussing, and approving the annual budget of the nation, the state or the province, to follow the principle that funds are available

5 *The Constitution of Liberty*, Chap. 11, "The Origins of the Rule of Law".

to be allocated elsewhere once the offices, agencies or institutions that conform the backbone of any system that pretends to abide by the rule of law, have been adequately supplied. To this end it is important that the constitutional rules provide for appropriate participation of the political opposition.

As to the substantive powers of the core institutions, in order that through ordinary legislation or other means their powers do not become restricted, it is important that the constitutional rules define these powers with sufficient specificity. For example, the rules that grant the courts and the courts only, the power to deprive any individual of any right or to declare a contract null and void, following due process of law, are crucial. Political agents should not be allowed to tinker with the power of courts to review the constitutionality of their legal enactments or the legality of their administrative decisions, nor with the powers to try public officials, in accordance with law, for their actions or omissions. It is very important, also, that the rules of the constitution prevent the creation of extremely complex procedures or excessive appeals.[6]

Last but not least, constitutional rules must ensure that courts and offices such as the Prosecutor's Office, be independent both in terms of the stability of judges and prosecutors in their jobs, and sufficient isolation from political influence in the exercise of their functions. To the extent possible, their appointment, removal, and the determination of their remuneration should be based on their professional performance and unrelated to partisan politics.

V. Protection of the person and her rights against illegal coercion and violence.

One way to look at the different manners in which individuals and organizations interact in society is to distinguish between (1) coordination phenomena; (2) supra/sub-ordination systems; and (3) illegal coercion, violence, usurpation, etcetera.

In general, voluntary coordination brings about the market process, as well as other spontaneous orders of society.[7] From this perspective, where the rights of the several individuals and organizations that interact in society are sufficiently defined and exclusive (which does not mean absolute), it is possible for each and everyone to have certain reasonable expectations as to the behavior of other individuals and organizations. It is feasible to anticipate with reasonable certainty that certain rights will be exchanged under certain conditions. This allows for individual teleological behavior; meaning that each person can devise certain objectives and the means to achieve them coordinating with others.

However, as Ronald H. Coase has explained[8], the efficiency of the process depends, in addition to clearly specified rights and the possibility to exchange them freely, on the relative insignificance of transaction costs.

In other words, coordination phenomena can be very efficient but require the participants to assume the opportunity and transaction costs every time they exchange something. Person Λ will simply not give anything to person Ω in exchange for nothing.

But in a certain way there are cases where, using his legal powers, person Ω may decide to take person Λ's rights, as in the case of a Prime Minister who decides to remove from office a subordinate official.

6 See *Doing Business in 2004, Understanding Regulation,(2004, The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank) P. 48:* "Among civil-law countries, Latin American jurisdictions have the most onerous contract enforcement, in the number of procedures and time. It takes a median of one year, 30 procedures, and 17 percent of income per capita to resolve a dispute. Only Sub-Saharan Africa has higher median costs –at 46 percent. OECD (high income) countries take the shortest time (median of 200 days), have the lowest cost (6.2 percent of income per capita) and the fewest procedures (18)."

7 F. A. Hayek, Law, Legislation, and Liberty, The University of Chicago Press, 1983. Vol. I, Pages 43 – 48.

8 R. H Coase, *The Firm the Market and the Law*; Chapter 6: Notes on he Problem of Social Cost. The University of Chicago Press, Chicago and London 1990.

True, in this instance it would not be Λ's personal rights, but in her capacity as a public officer. This is the area where supra/sub-ordination interactions take place.

There is yet another set of circumstances where one person Ω may take Λ's rights without incurring the full costs of a coordinated exchange. This is in the cases of theft, usurpation, illegal coercion, fraud, and the like. In all these cases the gains for Ω and the losses for Λ can be substantial and, obviously, Λ does not voluntarily consent to the exchange.

In general, there are two types of reasons why the Ω types will not try to take Λ's rights without her consent: those intrinsic to Ω and those extrinsic to Ω. The first are related with his own convictions as to the nature of violent or fraudulent behavior –it is bad–, and the latter refer to the resistance that Λ will most probably exert, in addition to the consequences that may derive for Ω from other sources. In modern societies this is the action of the State preventing and/or punishing his violent or fraudulent actions.

Thus, to the extent that the institutions in charge of preventing any kind of violence or fraud from one person against other persons operate adequately, even if those reasons intrinsic to potential offenders are not sufficient to deter their violent or fraudulent actions, coordination phenomena –the market process– will thrive.

This requires that the police, the court system, the prosecutors, and the penitentiary system operate adequately. Although the mix between privately organized and publicly supplied prevention, defense, and/or repressive mechanisms may vary substantially from one place to the other, it is indispensable that potential offenders will take due notice of the costs to them of resorting to violence or fraud. In this context, the role of the police preventing violent or fraudulent actions is most important and cost effective, but requires a decisive investment in the training and equipping of police forces, as well as in the adequate remuneration of their ranks. Generally, where there is scarce investment in this area, it becomes very difficult (costly) to curve violent or fraudulent actions by mere defensive or repressive mechanisms. Additionally, for the most part these two latter mechanisms require the active intervention of the police as well.

But in any system that could be considered based on the notion of the rule of law, it is not sufficient that violence and fraud be prevented, repelled or repressed "at any cost". It is necessary to recognize and guarantee certain rights to everyone, such as the protection against unwarranted detention or arrest, unreasonable search and seizure, the presumption of innocence, adequate defense, and an impartial and speedy trial. Thus police officers need to be capable of performing tasks that become much more complex than merely opposing violence to violence. I would venture to maintain that the main difference between the police forces in a jurisdiction where the rule of law prevails and one where it does not, or not sufficiently, is directly related to the specific fact that the police have not been adequately trained to perform their duties in general, with a view to effectively guarantee all these rights, at the same time that violence and fraud are deterred or repressed. This should not be a surprise since, again, much too often the notion of the rule of law is debated at a level very distant from the discussion of what should be the professional profile of a police officer and, therefore, the costs that must necessarily be incurred.

It follows logically that detectives, prosecutors, etcetera must be trained and equipped to achieve the same results within the same framework. It follows, also, that even if they were adequately prepared to stand up to the challenge, there is little they could do unless the police, always at the frontline of violence and crime, do what they are supposed to do and in a manner consistent with the notion of the rule of law.

The court system becomes, from this perspective, the ultimate judge or the ultimate victim of the system. In circumstances where the police, the detectives, the prosecutors are professionally capable

and reasonably equipped to perform their duties appropriately, the courts will normally have little trouble exercising control over unavoidable excesses or negligent misconduct on behalf of the police or other officials involved in the process. However, where the contrary takes place, the court system will be the victim of a set of circumstances that it cannot effectively control or reform. Additionally, it is not uncommon that in jurisdictions where the police, the prosecutor's office, the bureau of investigation are not organized with the necessary human and material resources, the court system will not be either.

When one places all of what has been discussed above within the context of corruption, it becomes clear that it is extremely dangerous not to invest in the right institutions all the necessary resources.

As a synthesis, the market process will never flourish to the optimal point possible where the rules and institutions in charge of preventing, repelling, or repressing violence and fraud lack professionalism and/or sufficient resources to perform their duties. "Professionalism" in this context designates the clear understanding of the conditions and limits within which these functions are compatible with the ideal of the rule of law and the ability of the officials in charge and the courts to operate within that framework. Although there is ample room for the operation of private services connected with the prevention of violence and fraud, developing economies (where transaction costs are usually higher) generally need a basic apparatus for the protection of the population at large against violence and fraud, within de boundaries of the rule of law. Absent this, the market process will remain suboptimal.

VI. Protection against the negligent behavior of others.

This is not very different from what we have discussed above, although there is one essential difference. This is the difference between deliberate actions and negligent behavior. Both can hurt people, create losses, and even death. Yet, negligent behavior –the source of accidents– is easier to deal with from the perspective of the rules and the institutions that operate in most contemporaneous societies because the deliberate will of the agent, directed to cause damages to others, is absent. It is his lack of prudence, of expertise or diligence that needs to be dealt with.

Again, coordination phenomena become severely affected when Λ suffers a loss imposed by the negligent behavior of Ω. Planning on the basis of reasonable expectations becomes less certain where those losses cannot be efficiently recovered. The costs of products and services augment and consequently do the prices, with the obvious result that economic activity diminishes.

Here the main debate has been whether the government, through regulations and *ex ante* licensing of whatever economic activities or the creation of the right kind of incentives through the court system should prevail to achieve the most efficient levels of prudence, expertise, and diligence on behalf of the members of society. Of course, it is not a question of absolutes and again there is ample room for privately organized action through firms that specialize in certifying safety standards.

However, in developing countries where resources are scarce and investment is much needed, the role of the individual in becoming the main agent of prevention of accidents derived from negligent behavior is fundamental. For this, the possibility of having expedite recourse to court proceedings in order to recover from suffered damages is extremely important.

The rationale is that, to the extent that those who have suffered damages at the negligent behavior of others will only incur the costs of seeking recovery when it is economic to do so. This is to say when the benefits of undergoing legal proceedings, in order to be adequately indemnified, exceed the costs. Thus, it becomes clear that access to efficient proceedings handled by professional courts of law, is a necessary condition in order to achieve reasonable levels of prudent behavior.

Where the courts issue awards expeditiously and reflecting the actual losses for the victims of the negligent behavior of others, the members of society generally are subject to the right set of incentives in order to act and behave prudently, at the right level. Excessive prudence is a waste and thus costly to society.

The truth, however, is that in general in those jurisdictions where the court system does not operate efficiently, there are uneconomic losses derived from the negligent behavior of individuals and public entities as well. Lives are unnecessarily lost, productive people become handicapped or totally disabled to work and produce, capital becomes destroyed, and consumers and business firms suffer substantial losses.

Last but not least is the difficult question of damages caused to "society" or "the community", as in the case of environmental damages. Here there are two different problems: one, to what extent it is impossible to create pseudo private rights that would allow specific individuals to seek damages for them and the conglomerate at large (through techniques such as class actions, for example); the other, the former being impracticable, what are the best mechanisms in order to set reasonable standards and to efficiently police their application. In general, it is preferable to deal with this kind of problems through the court system rather than the political process, with a view to create solid criteria on the basis of real life cases, rather than pursuing the instauration of ideal situations through legislation or regulations.

In synthesis, in order for the market process to flourish it is indispensable that the court system function as a source of sound criteria that, through the issuing of awards that, timely and exactly, allow for the recovery of losses incurred from the negligent behavior of others such that the members of society may be subject to the right incentives to act and behave prudently, but only to the point that it is economic to do so.

VII. Protection of real property and the enforcement of contracts.

The protection of real property is a very similar matter as the protection against violence and fraud and against negligent actions on behalf of third parties, which cause damages and losses. This is so because real property rights, which can be defined in respect of tangible and intangible assets, are supposed to be respected *erga omnes*, by everyone. Thus, both the unauthorized use of intellectual property rights and the unauthorized occupation of a farm give rise to the exercise of legal actions. Their owners may sue to stop the infringement and to seek damages. It is very clear how this kind of protection is essential to allow for coordination phenomena to prosper. The market process is not conceivable unless rights are clearly specified and effectively protected. This is a precondition to coordination on the basis of rational expectations.

In this context it is indispensable that the court system and the police operate adequately, since it is insufficient that the law defines in the abstract the boundaries to which real property rights extend. Economic agents need that case laws, the rulings of the courts of the jurisdiction, consistently and coherently assert those boundaries, case after case. Moreover, where the law defines real property rights in any way that is not reflected in the rulings of the courts, the effects are devastating as the prices of the underlying assets have to reflect the uncertainty created by the incoherence between the statutory law and the rulings.

Additionally to real property rights and the need for their effective protection, so that coordination phenomena through the market process may flourish, there are the personal rights. Personal rights derive largely from promises exchanged by economic agents through contracts. In a very important way, the law on contract determines the dynamics of any market process. In jurisdictions where it is not costly to enter into a contract and where it is clear that the parties will be brought to court when their

contractual obligations are not timely and adequately fulfilled, the market will function smoothly. But on the contrary, where the enforcement of a simple contract may take up to four or five years, transaction costs will rise and the whole system will tend to be less efficient.

This requires clear and simple legal procedures and very professional courts. Professionalism here means the capacity to send consistent and coherent signals to the market place as to the consequences of a breach of contract. Courts have to make it costly, to an economic level, to breach a contract and this requires a body of case law that can be pointed to for guidance. Lawyers and judges have to work to get simple questions out of the way –they have to be settled early on– so that only those cases in a real gray area make it to the courts, and when they do, it is very important that they get resolved in consonance with the preexisting principles. Efficient jurisdictions in this area are those where it does not make sense to breach a contract, because it will turn out to be more costly at the end of the day.

In summary, real property and personal rights as defined in the statutes, in the law, in the contracts, have to be backed up coherently and consistently through the rulings of the courts, through an expedite and transparent procedure. In the absence of this, the market prices of all the underlying assets will be lower and they will not be assigned where they are economically demanded because one of the most significant transaction costs is the inability to enforce real and contractual rights at a reasonable cost and on time.

VIII. Taxation and mandatory contributions.

The question of the optimal level of taxation and the kind of taxes that maximize revenue is very important for any economy, developed or developing, to prosper. However, it is frequently neglected that any tax system requires a rather complex set of procedures and agencies to function appropriately. This is true even where the level of taxation is sound from an economic point of view.

Just as it is less costly to take something from a private person for nothing, it is also less costly to let the others contribute to the common lot and thus take a free ride at their expense. In both cases, unless the potential offender has any solid moral scruples or can anticipate consequences more costly than it is to abide by the rules of the game, he or she will resort to violence or fraud to avoid the costs of compliance.

There are few factors that have worse effects regarding the efficiency of a tax system, than its inability to make most every one bear the same burdens and comply with tax obligations on mostly the same basis. The fastest way to make the informal sector of the economy grow is to allow for some players to get away with evading or eluding tax obligations, thereby gaining a bigger market share.

Here again, within the context of the ideal of the rule of law, it should not be permissible to resort to any mechanism in order to achieve compliance. Taxpayers should be protected against unwarranted inspections or what are commonly termed "fishing expeditions". Their proprietary information, books, and correspondence should be protected against leaks or outright dissemination. Proceedings have to be transparent and orderly and tax obligations cannot be outstanding forever. It should not be possible to terrorize taxpayers through arbitrary actions.

All this requires that the tax administration and the tax courts be, once more, professional and capable of making most everyone abide by the rules on an equal basis. This requires, also, consistency and coherence in the application of the Tax Code on behalf of the administration and adequate access to judicial review at reasonable costs and in a timely fashion.

No market process can tend to optimality where tax burdens can make the difference in terms of outperforming competitors, be it because the ru-

les are biased in favor of any particular individuals or groups, or because the tax administration and the courts lack the capability or professionalism to make everyone subject to most the same rules and procedures.

IX. Conclusions.

The rule of law is a powerful idea. It calls for the substitution of the arbitrary imposition of the will of any individual or group of individuals, for the Law. The notion of Law, in this context, refers to what Hayek defined as abstract rules of just conduct.[9]

But the adoption of the rule of law as a principle of constitutional and political organization requires the implementation of numerous measures, including the establishment of agencies and court systems capable of protecting the lives and rights of the members of society through transparent and expedite procedures. This requires a more or less complex set of legal rules and the ability to enforce them professionally in a number of areas that include protection against violence and fraud; against negligent behavior; against abuses of the rights of others; against free riders; and in order to enforce contracts.

The market process can only prosper sufficiently in order to improve the conditions of the majority of the people where it is backed by the "backbone institutions" that can make a daily reality the ideal of the rule of law. Rather than investing or spending in other areas, developing countries require, as a precondition to their development, that these backbone institutions be appropriately equipped and, more than anything, staffed with professionals capable of performing a long series of tasks that require a deep understanding of the difference between just ruling and ruling under the law.

9 F A Hayek. Law, Legislation, and Liberty. The University of Chicago Press, 1983 Vol. I. Pages 48 - 52

Annex I

Area of the law	*Civil/Commercial Law*	*Criminal Law*	*Constitutional/Public Administrative Law*
Type of action[10]			
Private Action			
Preventive/defensive:			
• Civil liberties> individual affected		X	X
• Conduct of public officials > individual affected	X	X	X
• Contracts > Right holder	X		
• Peace and order > individual affected		X	X
• Real Property > Owner	X	X	X
• Tax obligations > taxpayer	X	X	X
• Torts > Victim	X		X
• Use of public money > the individual citizen	X	X	X
Repressive			
• Civil liberties > individual affected			
• Conduct of public officials > the individual affected			
• Contracts > Right holder			
• Peace and order > individual affected			
• Real Property > Owner			
• Tax obligations > taxpayer			
• Torts > Victim			
• Use of public money > the individual citizen			
Public Action[11]			
Preventive/defensive			
• Civil liberties >			
➢ The Attorney General			X
➢ The Bureau of Investigation		X	
➢ The Comptroller			
➢ The Judiciary			X
➢ The Penitentiary System		X	X
➢ The Police			
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office		X	X
➢ The Tax Administration			X
• Conduct of public officials>			X
➢ The Attorney General	X	X	X
➢ The Bureau of Investigation		X	
➢ The Comptroller			
➢ The Judiciary	X	X	X
➢ The Penitentiary System			
➢ The Police			
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration			
• Contracts > Right holder[12]			X
➢ The Attorney General			
➢ The Bureau of Investigation	X		X
➢ The Comptroller			
➢ The Judiciary	X		X
➢ The Penitentiary System	X		X
➢ The Police			
➢ The Prosecutor's Office			
➢ The Public Defense Office			X
➢ The Tax Administration	X		X

10 In alphabetical order.
11 In alphabetical order
12 There are several instances where the state or a public entity do not act in there official capacity, but as an ordinary contracting party.

• Peace and order			
➢ The Attorney General			x
➢ The Bureau of Investigation			
➢ The Comptroller		x	
➢ The Judiciary			
➢ The Penitentiary System	x	x	x
➢ The Police			
➢ The Prosecutor's Office		x	x
➢ The Public Defense Office		x	x
➢ The Tax Administration			
• Real Property > Owner[13]			
➢ The Attorney General	x		x
➢ The Bureau of Investigation			
➢ The Comptroller		x	
➢ The Judiciary	x	x	x
➢ The Penitentiary System		x	x
➢ The Police		x	x
➢ The Prosecutor's Office		x	
➢ The Public Defense Office		x	x
➢ The Tax Administration			x
• Tax obligations			
➢ The Attorney General			x
➢ The Bureau of Investigation			
➢ The Comptroller		x	
➢ The Judiciary		x	x
➢ The Penitentiary System		x	x
➢ The Police		x	
➢ The Prosecutor's Office		x	x
➢ The Public Defense Office		x	x
➢ The Tax Administration			x
• Torts > Victim[14]			
➢ The Attorney General			
➢ The Bureau of Investigation	x		x
➢ The Comptroller			
➢ The Judiciary			x
➢ The Penitentiary System		x	x
➢ The Police			
➢ The Prosecutor's Office		x	x
➢ The Public Defense Office		x	
➢ The Tax Administration	x	x	x
• Use of public money			
➢ The Attorney General	x		x
➢ The Bureau of Investigation		x	
➢ The Comptroller			x
➢ The Judiciary		x	x
➢ The Penitentiary System	x	x	x
➢ The Police		x	x
➢ The Prosecutor's Office		x	
➢ The Public Defense Office			
➢ The Tax Administration	x	x	x
Repressive			x
• Civil liberties >			
➢ The Attorney General			x
➢ The Bureau of Investigation			
➢ The Comptroller		x	x
➢ The Judiciary			
➢ The Penitentiary System		x	x
➢ The Police		x	x
➢ The Prosecutor's Office		x	x
➢ The Public Defense Office		x	x
➢ The Tax Administration		x	x
• Conduct of public officials >			
➢ The Attorney General			x
➢ The Bureau of Investigation			x
➢ The Comptroller		x	x

13 It is not uncommon that the state and other public entities own real property for different purposes related with their function.
14 Both the state and other public entities can be affected by third parties' tortful action.

➢ The Judiciary	X	X	X
➢ The Penitentiary System		X	X
➢ The Police	X		
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration		X	X
• Contracts > Right holder			
➢ The Attorney General	X		
➢ The Bureau of Investigation		X	X
➢ The Comptroller	X		
➢ The Judiciary		X	
➢ The Penitentiary System			X
➢ The Police		X	X
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration			X
• Peace and order			
➢ The Attorney General			X
➢ The Bureau of Investigation			
➢ The Comptroller		X	
➢ The Judiciary			
➢ The Penitentiary System		X	X
➢ The Police		X	X
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration			X
• Real Property > Owner			
➢ The Attorney General	X		
➢ The Bureau of Investigation			X
➢ The Comptroller		X	
➢ The Judiciary			X
➢ The Penitentiary System		X	X
➢ The Police		X	X
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration		X	X
• Tax obligations			
➢ The Attorney General			X
➢ The Bureau of Investigation			
➢ The Comptroller		X	
➢ The Judiciary	X	X	X
➢ The Penitentiary System		X	X
➢ The Police		X	X
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration		X	X
• Torts > Victim			
➢ The Attorney General	X		X
➢ The Bureau of Investigation			
➢ The Comptroller			X
➢ The Judiciary	X		X
➢ The Penitentiary System			X
➢ The Police			
➢ The Prosecutor's Office			X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration			
• Use of public money			
➢ The Attorney General	X		X
➢ The Bureau of Investigation		X	
➢ The Comptroller			
➢ The Judiciary	X		X
➢ The Penitentiary System		X	X
➢ The Police			X
➢ The Prosecutor's Office		X	X
➢ The Public Defense Office	X	X	X
➢ The Tax Administration		X	X

Derecho Internacional

Contratación Electrónica en España

Por: Licda. Kristine Klanderud[1]

Hace apenas quince años parecía difícil comprender que con el uso de una simple computadora conectada a Internet éramos capaces de comunicarnos con otras personas en países ubicados del otro lado del mundo. Hoy en día, además de poder comunicarnos a través de correos electrónicos, chats y blogs, tenemos acceso a tantas otras cosas sin que sea necesario salir de nuestra casa u oficina. Con una computadora conectada a Internet podemos consultar información de todo tipo; comprar y vender bienes y servicios; anunciar nuestros productos; efectuar pagos; ver videos, programas y películas; escuchar música; promocionar campañas y tantas otras cosas más. Internet ha significado muchos cambios en la conducta humana y, en consecuencia, esto ha provocado diferentes implicaciones en el ámbito legal y jurídico.

Para muchos autores Internet implica el nacimiento de una nueva categoría jurídica autónoma que merece especial legislación que la diferencie claramente de las doctrinas tradicionales de contratación. No obstante, otros autores difieren con lo anterior y, en cambio, opinan que simplemente constituye un nuevo medio o una nueva forma de contratación que utiliza el medio electrónico para poderse llevar a cabo.

En consecuencia, algunos países han sido partidarios de la primera postura y han preferido legislar en un nuevo cuerpo normativo todo lo relacionado con esta novedosa forma de contratación. Así, han surgido innovadores principios y doctrinas que separan en gran parte a la contratación tradicional de la contratación electrónica. Por otro lado, otros países reconocen que lo que caracteriza a esta nueva forma de contratación es el medio electrónico. Por lo que, en cuanto sea aplicable, han preferido continuar aplicando las doctrinas clásicas de contratación a las diferentes etapas de formación del contrato electrónico. Consecuentemente, han incorporado en su legislación solamente ciertos aspectos relacionados con esta novedosa manera de contratar, especialmente cuando la doctrina tradicional ha sido insuficiente o cuando toman mayor relevancia las especiales circunstancias y los aspectos técnicos que presenta este medio electrónico.

En el caso particular de España, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI-CE)[2], es el cuerpo normativo específico que regula todo lo relativo al comercio electrónico. La mencionada ley incorpora la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (8 de junio), relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, pero particularmente del comercio electrónico en el mercado interior.

Dentro de los temas más notables tratados dentro de dicho cuerpo legal cobran especial relevancia,

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Francisco Marroquín con Maestría en Contratación Mercantil y Comercio Electrónico de la Universidad de Navarra (Pamplona, España). Actualmente pertenece al claustro de catedráticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín y trabaja en la firma de Abogados Rodríguez, Archila, Castellanos, Solares & Aguilar, S.A. – CONSORTIUM.

2 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

entre otros, el concepto de comercio electrónico, la clasificación de los contratos electrónicos, las características, validez y eficacia de la contratación electrónica, la auténtica oferta contractual y el perfeccionamiento de dicha contratación.

A. Concepto de Comercio Electrónico

De conformidad con Mateu de Ros, el comercio electrónico constituye un fenómeno jurídico y se concibe como "*lo oferta y la controtoción electrónico de productos y servicios a través de dos o mós ordenadores o terminales informóticos conectodos o trovés de uno líneo de comunicoción dentro del entorno de red abierta que constituye Internet, representa un fenámena en pleno expansión, con cuatos de crecimiento extroordinorios en número de conexiones, de clientes y de operociones.*"[3]

Los contratos celebrados a través de Internet, salvo en los casos en que el Derecho español exija la forma documental pública como requisito constitutivo, deben tenerse como válidamente concertados con la sola concurrencia del consentimiento exteriorizado por medio electrónico, sin que sea indispensable tener una constancia documental o escrita, no es necesario cumplir con otra formalidad. Únicamente es indispensable que concurran los elementos esenciales del contrato, es decir, el consentimiento, el objeto y la causa[4].

En su obra, Mateu de Ros parte de la siguiente tesis nuclear: "*el consentimiento electrónico constituye, en sí mismo, una modalidad especiol de declaración de voluntad negociol, cuya validez no está supeditodo o un controto escrito previo o posterior, ni o lo trosloción de oquel consentimiento o un soporte informótico ni o lo utilizoción de uno firmo electrónico, ni o lo justificoción escrito posterior o lo celebroción del controto, ni o ningún otro requisito formol. En consecuencio, cuolquier controto para el que el ordenomiento jurídico no exijo formo escrito, osí como también oquellos contratos para los que la ley pide formo documental privada, san susceptibles de ser celebrodos electrónicamente.*"[5]

Para Aparicio Vaquero, la expresión "contratación electrónica" no pretende designar una categoría contractual autónoma, sino que se trata de un "*concepto bajo el cuol se regulan y estudion de formo sistemática todos aquellos contratas que tienen como coracterística común la farmo en que son concluidos: entre personos que no se encuentron fisicomente en el mismo lugor y que emiten sus decloroclones negociales medionte móquinos informóticos que tienen a su disposición*".[6]

B. Clasificación de Contratos Electrónicos

1. *Por el medio de celebración: mediante páginas Web o mensajes de correo electrónico*

Para Aparicio Vaquero, una primera clasificación de los tipos de contratos electrónicos distingue entre aquellos que son celebrados mediante páginas Web y los que son concluidos a través del intercambio de correos electrónicos[7]. Estos últimos se asemejan al intercambio de correspondencia, ya que se fundamentan en el envío de diversos mensajes sucesivos entre partes y pueden iniciar con una simple oferta.

Si se celebran por medio de páginas Web activas, debido a que se accede a su contenido al mismo tiempo que se recogen los datos de la contraparte, el proceso de celebración es diferente al de los correos electrónicos sucesivos. Aunque este proceso varía de conformidad con lo que el proveedor disponga, ge-

3 Mateu de Ros, R. *El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica*, en MATEU DE ROS, R. y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M. (coordinadores) y VVAA. *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*. Aranzadi. Pamplona, 2000. P. 29.

4 LSSI-CE, Artículo 23.1 "*Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. (...)*".

5 Mateu de Ros, Op. Cit. P. 31.

6 Aparicio Vaquero, J. P. en *Los contratos electrónicos en el Derecho Español. El marco establecido por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, en MORO ALMARAZ, Ma. J. (Directora) y VVAA. *Internet y Comercio Electrónico, II y III Jornadas sobre Derecho e Informática*. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2002. P. 177.

7 Aparicio Vaquero, Op. Cit. Pp. 178 y 179.

neralmente los pasos que se siguen son los mismos. Lo que sí es fundamental es que tanto la oferta, como la aceptación se lleven a cabo a través de este medio electrónico. Si alguna de las dos se realiza por otro medio no estamos frente a una contratación electrónica.

En términos generales, el internauta accede a la página Web y encuentra la publicidad del bien o servicio o la oferta del proveedor. Por medio de un enlace de hipertexto, botón o imagen la oferta lo dirige a otra página donde obtiene mayor detalle y más información acerca del producto. En la misma encontrará algún aviso acerca de las condiciones bajo las cuales se obtiene el bien o servicio. Si sigue dicho enlace accede a las condiciones. Posteriormente, aparece un botón para aceptar las condiciones y esto permite continuar con el procedimiento de adquisición y debe proporcionar los datos necesarios para la compra. Al final se accede a una página para comprobar toda la información aportada para que, si es aceptada, el procedimiento de compra se dé por terminado. Después, aparece una pantalla que comunica que la aceptación del destinatario ha sido recibida, o puede procederse directamente a la descarga del producto en el ordenador del usuario, en el caso de productos electrónicos que se proporcionan en línea.

2. *Por el modo de ejecución: en línea o directo (online) y fuera de línea o indirecto (offline)*

Para Aparicio Vaquero, es directo cuando "(...) *lo prestación se reoliza también par dicha vía, de farma más a menas inmediato y/o periódica mediante la canexión al sitia Web, a el producto se 'baja' directamente al ardenadar en el mamento*". Y es indirecto cuando "*(...) el cantrata se cancluye por medias electránicos pera el praducta a servicia es entregada a disfrutada de farma tradicianal (entrega a domicilia par mensajería, generalmente) (...).*".[8]

La firma de Asesores Jurídicos Dávara & Dávara coincide con el autor anterior, al afirmar que se trata de comercio electrónico directo si el contrato "*se lleva o caba exclusivamente a trovés de un media electrónico, típicamente Internet, por lo que nas estamas refirienda al camercia de bienes y/o servicias digitalizados: desde la contratación de un viaje que envíe un billete electránica par red, hasta las ejemplas habituales de campra de praductos infarmáticas, libras electrónicos, discas (...)*". Por otro lado, se trata de comercio electrónico indirecto cuando "*par la menas en alguna fase de su perfeccionamienta, que es el que necesita alguno clase de apoyo par parte del medio fisica y na puede completar la tronsacción electránicamente, par ejemplo, un saparte lagística a de distribución de mercancías fisicas.*"[9]

3. *Por la categoría jurídica de las partes que intervienen*[10]

En el caso que intervengan dos empresarios estamos en presencia de una contratación denominada *Business ta Business* (B2B). Otra categoría es la de *Business ta Consumer* (B2C) y designa a los contratos celebrados entre un empresario o profesional y un consumidor, de acuerdo a las normas que definen a una persona como tal. Y por último, estamos en presencia de la categoría *Consumer to Consumer* (C2C) cuando se refiere a relaciones entre sujetos particulares o consumidores (en sentido amplio), más allá de sus actividades comerciales que ejercen de manera profesional.

C. Características de la Contratación Electrónica[11]

De acuerdo con Egusquiza Balmaseda es necesario tomar en cuenta las diferentes características de los contratos electrónicos para poder delimitar el régimen jurídico que se les debe aplicar. Por lo que enumera las siguientes características principales:

8 Aparicio Vaquero, Op. Cit. P. 179.

9 Dávara & Dávara, Op. Cit. Pp. 45 y 46.

10 Aparicio Vaquero, Op. Cit. P. 179.

11 Egusquiza Balmaseda, M.A. *Condiciones Generoles y Comercio Electrónico*, en Moro Almaraz, Op. Cit. Pp. 19 a 23.

1. *El consentimiento en origen y destino se presta por medio de equipos electrónicos*

Dicho aspecto conlleva a limitar el proceso de contratación a través de los medios técnicos que se emplean y los programas que se utilizan durante toda la contratación. En el caso de contratación por correo electrónico, la problemática que surge radica en la emisión y recepción de las manifestaciones de voluntad y la formalización del contrato. Lo anterior se asemeja a la contratación vía fax o vía telefónica, ya que las direcciones electrónicas facilitan la determinación de los sujetos contratantes. Sin embargo, en la contratación interactiva de las páginas Web es más complejo debido al carácter abierto de la Red que permite la contratación entre particulares, entre empresario y consumidor o entre empresarios entre sí. Dichas combinaciones impiden que haya una regulación específica y única que se refiera a todas las cuestiones relevantes.

2. *Contrato celebrado a distancia, de forma no presencial, en el que las partes no se encuentran presentes*

Como se analizará posteriormente, toman especial relevancia los temas relacionados con la perfección y formación de los contratos celebrados a distancia y lo que disponen al respecto el Código Civil y el Código de Comercio españoles. A la contratación electrónica le son aplicables las normas sobre contratación a distancia. Además, si quien contrata es un consumidor, también debe tomarse en cuenta la Directiva 97/7, de 20 de mayo, relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos a Distancia y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista[12].

3. *Contratos en los que las posibilidades de negociar, los contenidos o el régimen jurídico, se encuentran bastante limitadas*

Casi todos los contratos realizados en forma interactiva constituyen contratos en los cuales el sujeto no tiene capacidad de negociar y sólo puede adherirse a los mismos. Además, el tipo de relación establecida entre dos ordenadores ya cuenta con los diferentes pasos tecnológicos que se deberán seguir para contratar y no hay un contacto directo entre el oferente y el destinatario. Es decir, generalmente estamos frente a ordenadores que ya están programados para seguir instrucciones específicas cuando reciben cierta información. Son máquinas que responden según las órdenes de programación que recibieron aunque estos resultados después estén sujetos a que una persona humana verifique o le dé seguimiento a las órdenes ejecutadas. En consecuencia, la programación provoca que las reglas de contratación o las estipulaciones del contrato se dispongan unilateralmente.

Adicionalmente, cabe mencionar que la capacidad de negociar no es siempre limitada, ni del todo limitada; especialmente si la contratación electrónica se lleva a cabo por medio de correos electrónicos. Una de las partes contratantes puede enviar su oferta en un mensaje de correo y la otra parte puede responderlo de diferentes maneras: presentando una contraoferta, una nueva oferta o simplemente aceptando o no el contenido del mensaje original. De esta forma observamos cómo las partes contratantes están en libertad de pactar y negociar lo que mejor les convenga, tal y como lo pueden hacer en la contratación por los medios tradicionales.

D. Validez y Eficacia de los Contratos Electrónicos

En concordancia con lo que dispone la Directiva sobre Comercio Electrónico[13], la LSSI-CE establece el mismo principio de validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, señalando que

12 Artículos 38 al 48.

13 Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, del comercio electrónico en el mercado interior, DOCE L/178, de 17 de julio. Artículo 9.1: "*Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica*".

"*Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.*"[14]. De igual forma, no es necesario que exista acuerdo previo sobre la utilización de medios electrónicos para poder celebrar válidamente los contratos[15]. En opinión de Egusquiza Balmaseda "*(…) La norma puede prestar quizá utilidad en el ámbito probatorio, asegurando la perfecta equivalencio o tal efecto entre los contratos formalizados en papel o cualquier otro soporte documental y los celebrados por vía electrónica.*"[16]

Si la ley exige que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo consten por escrito, dicho requisito se entiende satisfecho si el contrato o dicha información se contienen en un soporte electrónico[17].

Sin embargo, cabe resaltar que la materia objeto de dichas contrataciones electrónicas en ningún caso puede recaer en cuestiones de Derecho de familia ni sucesiones. En estos casos es indispensable remitirse a lo que disponga la normativa específica que regula sus requisitos necesarios de validez. De la misma manera, rigen las leyes específicas en los casos en que sea necesaria forma pública documental o la intervención de fedatarios públicos.

Sobre este punto en particular, en Guatemala merece especial atención y análisis la recientemente publicada *Ley para el Reconocimiento de las Comunicociones y Firmos electrónicas*[18]. Esta ley dota de validez y eficacia jurídica a las comunicaciones electrónicas, los documentos electrónicos y a las firmas electrónicas.

No obstante lo anterior, no es posible afirmar que dicho cuerpo normativo regula totalmente el tema de la contratación electrónica de una manera independiente y suficiente sin que sea necesario acudir a las normas generales de la contratación contenidas en otros cuerpos legales. Sin embargo, la novedosa ley no es el objeto de análisis del presente trabajo y amerita una mayor profundización para poder exponer claramente su contenido. Lo importante es reconocer que dicha ley es pionera en el tema a nivel de legislación guatemalteca y su propósito principal es el de reconocer como válidos los efectos jurídicos que producen las comunicaciones y firmas electrónicas.

E. La Oferta Contractual

Para Llaneza González la oferta contractual debe reunir ciertos requisitos que evidencien la voluntad de contratar que tiene determinado sujeto. Así, apunta que "*La oferta consiste en uno decloroción de voluntad dirigido o una persona determinada, o bien, como poso a menudo en Internet, al público en general, en la que se ofrece la suscripción de un contrato determinado. Por tanto, la oferta tiene que ser precisa, completa y definitivo, de manera que revele inequívocamente el propósito de su autor o vincularse.*"[19].

De conformidad con lo que señala Aparicio Vaquero, al analizar la oferta contractual en la contratación electrónica, es necesario tomar en cuenta dos aspectos fundamentales: primero, si de acuerdo con la Teoría General de los Contratos nos encontramos frente a una auténtica oferta contractual; y, segundo, si la mencionada oferta reúne todos los requisitos de información que exige la LSSI-CE y demás normativa aplicable a los contratos electrónicos[20].

1. *La auténtica oferta contractual*

Con relación al primer aspecto, se refiere a que la oferta debe ser completa, que se exteriorice de alguna forma y que muestre la indubitada voluntad del

14 LSSI-CE, Artículo 23.1.
15 LSSI-CE, Artículo 27.3.
16 Egusquiza Balmaseda, Op. Cit. P. 21.
17 Sobre este tema, el punto IV de la Exposición de Motivos de la LSSI-CE señala: "*Se favorece igualmente la celebroción de contratas por vío electrónico, al afirmar la Ley, de acuerdo can el principio espiritualista que rige la perfección de las contratos en nuestro Derecho, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónico, decloror que no es necesario la admisión expreso de esta técnica paro que el contrato surto efecto entre los partes, y aseguror la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos o efectos del cumplimiento del requisito de forma escrito que figura en diversos leyes. (…)*".
18 Decreto número 47-2008 del Congreso de la República.
19 Llaneza González, Op. Cit. P. 105.
20 Aparicio Vaquero, Op. Cit. Pp. 186 a 191.

oferente a vincularse por medio de un contrato. El hecho de ser dirigida a sujetos indeterminados, por medio de un correo electrónico o mediante la inclusión en una página Web, no es obstáculo para que la oferta sea auténtica. Esto se debe a que el carácter recepticio de la oferta se aprecia al momento de concluirse el contrato, es decir, cuando el individuo acepta su contenido.

Se puede definir la aceptación de la oferta como la manifestación de voluntad por medio de la cual el destinatario de una oferta muestra su conformidad con la misma. Dicha aceptación debe ser positiva, clara e inequívoca y completa. En el Derecho Español, la aceptación puede ser de tres formas: 1) Mediante declaraciones expresas; 2) Mediante declaraciones tácitas; y, 3) Por virtud del silencio o la inacción del destinatario de la oferta.

En cuanto al primer modo de aceptación en el ámbito de la contratación electrónica generalmente se da por medio de las ofertas permanentes en una página Web de Internet. La única forma de aceptarla es mediante una declaración expresa de voluntad, ya sea oralmente (por vídeo conferencia o telefonía IP), o de forma escrita a través de un mensaje de correo electrónico. Asimismo, puede manifestarse la aceptación a través de pinchar un icono de aceptación o compra (*clic-wrap agreement*), o por actos de descarga (*download*) de un programa de Internet. Dichas formas de comportamiento se interpretan como manifestaciones de voluntad positivas[21]. No obstante, si se trata de la descarga de programas, la simple descarga o el uso de un programa ya implica la aceptación de los términos de la licencia de dicho programa. Sucede lo mismo con la apertura del sobre en donde viene el CD (disco compacto) del *software*.

Con respecto a las declaraciones tácitas en el ámbito de contratación electrónica, existe discusión en cuanto a si deberían considerarse como declaraciones expresas de voluntad la utilización de dispositivos preconfigurados por el usuario para que ciertas operaciones se efectúen, de forma electrónica y sin control alguno posterior. Por otro lado, se podría insistir en que tales operaciones deberían pactarse previamente para ser consideradas como manifestaciones expresas, no obstante que la ley lo considere innecesario. A manera de ejemplo, se trata de los acuses de recibo preconfigurados en algunos programas de correo electrónico que se generan de forma automática al recibirse el correo electrónico. Sin embargo, solamente cabe interpretarlos como la mera recepción de correo electrónico y no dotarlos del valor de aceptación de las condiciones de la oferta incluidas en dicho correo. Lo anterior es sin perjuicio de las páginas Web que se presentan como invitaciones a hacer ofertas, ya que en éstas el pedido del consumidor constituiría la oferta y el acuse de recibo del titular de dicha página sería la aceptación por parte del prestador del servicio. En este caso, dicho acuse de recibo sí tiene valor de aceptación.

Por último, la tercera forma de manifestación de voluntad, es decir el silencio o la inacción no son aceptables como regla general, por lo que tampoco lo son en los términos que establece la LSSI-CE.

Finalmente, cabe distinguir entre una oferta y la mera publicidad o información. Al respecto, de conformidad con la Ley General de Publicidad[22] la información que se difunde en Internet tiene el carácter de publicidad en sentido legal. Solamente si promueve directamente la contratación será también una oferta de contrato y debe reunir los elementos esenciales para que éste se perfeccione. Pero, si por medio de la publicidad se promueve de forma indirecta la contratación, la publicidad se considera como una mera incitación a contratar. En ambos casos, el contrato se

21 El caso *Hotmail Corp. V. Van Money Pie Inc. et al.*, de fecha 16 de abril de 1998, en Estados Unidos es el primero en el que un tribunal se pronuncia acerca de la aceptación electrónica de los llamados *clic-wrap agreements* o *point-and-click agreements*. En estos contratos la opción de aceptación de la oferta con condiciones generales viene ya predeterminada por el oferente y la aceptación del destinatario se produce simplemente con pinchar en el link de aceptación de la oferta. Llaneza González. Op. Cit. P 106.

22 Ley General de Publicidad del 11 de noviembre de 1988, Artículo 2.

integra por la publicidad en cuanto sea beneficioso para el consumidor[23].

Es indispensable que el proveedor de servicios analice cuidadosamente el contenido que desea incluir en su página Web, para evitar que se considere como una oferta vinculante que se dirige a un número de personas indeterminado. De esta forma, deberá establecer claramente si su página se configura como una forma de información, publicidad o invitación[24].

2. *Los requisitos de información*

El segundo aspecto fundamental que cobra relevancia en cuanto a la oferta contractual se refiere a los prestadores de servicios de información. En su oferta contractual, están obligados a cumplir con los requisitos de contenido que expresa el artículo 27.1 de la LSSI-CE. Es decir, la oferta deberá indicar: a) Los diferentes trámites que deberán seguirse para poder celebrar el contrato; b) Si el prestador archivará el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible; 3) Los medios técnicos que pone a disposición del destinatario del servicio para identificar y corregir los errores en la introducción de datos; y, 4) La lengua o lenguas en que puede formalizarse el contrato. Sin embargo, a veces la oferta carece de dichos requisitos o, aun cuando cuenta con ellos, no se han cumplido de la manera específica que exige la ley y esto perjudica la claridad de las ofertas que ponen los empresarios a disposición de sus clientes[25].

Cabe comentar con respecto al último de los requisitos del artículo 27.1, que resulta difícil determinar cuál será el idioma y la jerga más adecuada al redactar una oferta que va dirigida a destinatarios del mundo entero. En opinión de Aparicio Vaquero, es factible hacer referencia al idioma más generalizado en cuanto a su utilización, el idioma inglés. Afirma dicho autor que "*el idioma en el que ha de constar la información poro que sea comprensible debe estar en relación directa con el del Estado a mercado concreto al cual se encamina el producto a servicio. Siendo éste muy heterogénea, si no es factible hacer referencia a todos ellos, (…), habrá de optarse por el más generalizado, la que desemboca en la utilización casi universal del idioma inglés. (…).*"[26]. No obstante, agrega también que en el ámbito español el texto informativo debería estar redactado en castellano, sin perjuicio de la posibilidad de tener otras lenguas nacionales o extranjeras.

Pero, ¿qué sucede si la oferta contractual carece de la información requerida? Esta falta de información no afecta el contenido contractual o la presentación de la oferta. No obstante, será objeto de las respectivas sanciones administrativas que señala la LSSI-CE[27]. Por otro lado, no existe la obligación de información si las partes así lo han acordado y ninguno de ellos es un consumidor, ni cuando el contrato se celebre exclusivamente por correo electrónico o equivalente (sin que este medio se haya utilizado para eludir el cumplimiento de la obligación de informar).

Además, los prestadores de servicios deben poner a disposición de los destinatarios otros datos de forma permanente, directa y gratuita, según lo que establecen los artículos 10 y 27 de la LSSI-CE, que hemos mencionado con anterioridad y que remiten al resto de la normativa vigente.

F. Tiempo y Lugar de perfección

Por último, vale la pena observar lo que dispone la legislación española con relación al tiempo y lugar

23 Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, Artículo 8.

24 "*Esto cuestión es suficientemente importante como poro tener en cuento los consecuencios de posibles errores, como lo ocurrido en el llomodo "Coso Argos" en Ingloterro, donde se produjo un pedido de 1,700 televisores o uno tiendo on-line o un precio irrisorio, el que por error oporecio onunciodo en su págino.*" LLANEZA GONZÁLEZ, Op. Cit. P. 106.

25 "*(…) desde el punto de visto técnico, lo puesto o disposición del cliente de toles informacianes no reviste ninguno complejidad ni supone un incremento opreciable de costes. Además, trotándose de un entorno donde lo imogen es fundomentol, lo cloridad y corácter inequívoco deben ser criterios o seguir poro elegir, en su coso, los símbolos e iconos (así como su propia ubicación en el sitio Web) que resulten más opropiados poro cumplir dichos requisitos legoles, de monera que seon indicativos y no induzcon o confusión sobre el contenido ol cual remiten.*" Aparicio Vaquero, Op. Cit. P. 188.

26 Aparicio Vaquero, Op. Cit. Pp. 188 y 189.

27 LSSI-CE, Artículos 37 a 45.

de perfección del contrato electrónico. A pesar de lo señalado en el Punto IV de la Exposición de Motivos de la LSSI-CE, ningún artículo de dicha ley fija expresamente en qué momento se perfecciona el contrato electrónico[28]. Sin embargo, no ocurre lo mismo en cuanto al lugar de perfección, ya que el artículo 29 de la ley se refiere a ello expresamente.

1. *Tiempo de perfección*

En opinión de Aparicio Vaquero, realmente lo que hace la LSSI-CE es reformar los artículos 1262 del Código Civil español[29] y 54 del Código de Comercio español[30] para acoger una solución válida para todos los contratos celebrados entre ausentes, sean civiles o mercantiles. Por lo que cualquier determinación del momento de perfección del contrato se debe remitir a la Teoría General de Contratos debido a la nueva redacción de dichos artículos[31]. Asimismo, Llaneza González[32], señala tres conclusiones de las que se puede partir con la nueva redacción de los mencionados artículos:

- La oferta y la aceptación deben coincidir sobre cosa y causa;
- Se presume que el lugar de celebración del contrato es el lugar desde donde se realizó la oferta; y,
- El contrato se perfecciona desde que se manifiesta la aceptación[33].

Agrega que "*La LSSI-CE configura un sistema de confirmaciones de recepción de la aceptación que, en ausencia de sistemas que aseguren la efectiva recepción, consiguen sustituirlas con una razonable seguridad jurídica.*"[34].

Para Aparicio Vaquero, se debe partir de la base de que nos encontramos siempre ante contratos entre ausentes. Dicha base no resulta controversial en el caso del intercambio de mensajes por correo electrónico, debido a que es claro que la instantaneidad no se da. Si bien es cierto que el formato es distinto y que representa un menor tiempo entre oferta y aceptación, se trata de un supuesto idéntico al de contratación por carta.

Sin embargo, partir de la misma base presenta un mayor grado de dificultad cuando se trata de contratación electrónica mediante páginas Web activas[35], ya que en éstas se da un intercambio más acelerado de datos. Es posible afirmar que el intercambio de información es casi instantáneo. No obstante, los instrumentos y herramientas técnicas empleados en

28 "*(...) Se aprovecha la ocasión para fijar el momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio (...)*".

29 La redacción final del artículo 1262 del Código Civil quedó de la siguiente manera:
"*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.*"

30 La redacción final del artículo 54 del Código de Comercio sigue las mismas pautas que el artículo 1262 del Código Civil; quedó redactado así:
"*Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.*"

31 Aparicio Vaquero, Op. Cit. Pp. 193 y 194

32 Llaneza González, Op. Cit. Pp. 104 y 105.

33 Con respecto a esta conclusión, cabe recordar que se refiere *únicamente* al caso de contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, como es el caso de los contratos electrónicos.

34 Llaneza González, Op. Cit. Pp. 104 y 105.

35 Mateu de Ros distingue entre las páginas Web activas y pasivas. Así, define las páginas Web **activas** como aquellas que "*hacen referencia a una presencia en Internet en la que el proveedor no se limita a exhibir y publicitar sus productos y servicios sino que promueve la comercialización de los mismos mediante la formulación, en la propia página o a través de campañas instrumentadas mediante e-mails, correo convencional, publicidad en TV, prensa, etc. u otros medios, de propuestas de contratación, de ofertas vinculantes por su contenido o por el carácter predefinido y, con mayor o menor alcance, personalizado, de sus destinatarios. (...). En las 'websites' activas la oferta del proveedor puede tener la naturaleza jurídica vinculante propia de las declaraciones de voluntad recepticia, y obligarle a contratar en las condiciones preestablecidas, en tanto no la revoque o modifique. (...)*". Por otro lado, define las páginas Web **pasivas** como "*(...) un sitio, destino, portal o espacio de la red en el que se ubica una oferta pública genérica, un escaparate exterior que, desde luego, puede provocar ofertas de contratación por parte de la clientela potencial, pero que ni constituye una oferta formal para contratar ni, al menos en todos los casos, incurrirá en la tipificación legal del concepto de publicidad. (...)*". Mateu de Ros, Op. Cit. Pp. 55 y 56.

dicha comunicación pueden enfrentarse a problemas o circunstancias desfavorables que no permiten que la comunicación sea segura y que pueden provocar que ésta se interrumpa. Tal es el caso de ordenadores, equipos y redes lentas, servidores caídos o fuera de servicio justo en el momento en que se está realizando la orden de compra o el pedido. Durante el intercambio de datos, aun cuando la conexión sea continua y segura con la página Web activa, estos deben pasar numerosos nodos de comunicaciones y servidores, lo cual hace sumamente difícil determinar en cuál de ellos se rompió la comunicación[36].

Por lo tanto, con la nueva redacción de los artículos citados, la legislación española parece optar finalmente por la Teoría de la Recepción de la Aceptación, salvo que dichos contratos se celebren mediante dispositivos automáticos, caso en el que elige la Teoría de la Expedición de la aceptación. Es decir que, si se trata de contratación electrónica celebrada por medio de correos electrónicos, se debe tomar el concurso de oferta y aceptación en el momento que el oferente tiene en su poder (cuando llega a los ordenadores del prestador de servicio) la aceptación de la otra parte y no puede desconocerla sin faltar a la buena fe. Lo anterior trae como consecuencia lógica el deber de diligencia del prestador de servicio, quien debe consultar frecuentemente sus buzones electrónicos o archivos de respuesta.

Aparte, si se trata de contratación electrónica a través de páginas Web, caemos dentro de los llamados "contratos celebrados por medios automáticos", expresión utilizada en los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. Por lo que el contrato queda celebrado en el momento en que el destinatario del servicio emite su aceptación, es decir, cuando el destinatario del servicio ha finalizado los trámites de contratación, aportado los datos necesarios y ha llegado a la página final de comprobación de lo que está contratando y acepta su remisión al oferente. En este sentido, Pardo Gato afirma "*(...) y cuando se trote de controtos celebrodos medionte dispositivos outomóticos, dentro de cuyo categorío se encuentron obviomente los controtos electrónicos, si el destinotorio pulso el rotón oceptondo lo oferto existiró controto o, lo que es lo mismo, el controto se entenderó perfeccionodo, con independencio del momento en que el oferente tengo conocimiento del mismo.*"[37].

1. *Lugar de perfección*

El artículo 29 de la LSSI-CE regula expresamente dos supuestos diferentes en cuanto al lugar de perfeccionamiento de la contratación electrónica, atendiendo a la calidad de las partes. Así, establece que si uno de los sujetos contratantes es consumidor, se presume como lugar de celebración el de su residencia habitual. Y, por otro lado, si se trata de dos contratantes profesionales, se presume que salvo pacto en contrario, el lugar de celebración es aquel en el que esté establecido el prestador de servicios.

Si se trata de un contrato civil resulta aplicable la norma general del artículo 1262 del Código Civil español y se presume por celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Con respecto a dicho artículo 29, Llaneza González señala: "*Esto reglo es presuntivo por lo que puede ser olterodo en ombos cosos por los portes, medionte un ocuerdo por el que se fije, como lugor de celebroción del controto, un lugor distinto, excepto en los cosos en que el controto se reolice con sujeción o condiciones generoles*

36 "*(...) aun cuanda el procesa de camunicación sea aparentemente interrumpida éste puede cartarse sin un canacimiento clara par parte de las contratantes (inclusa a pesar de las avisas de interrupción a de 'cursa satisfactaria' de la petición efectuada). Dada la inmediatez en la mayaría de las casas na habrá mayares problemas, pero mantener este punta de partida permite dar salución a las problemas de interrupción de una farma más coherente dentro de una posición a tearia unitaria (...)*". Aparicio Vaquero, Op. Cit. P. 195.

37 Pardo Gato, J. R. *Las Páginas Web cama Saparte de Candicianes Generales Contractuales*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2003. P. 123.

de contratación[38] *en las que el fuero del domicilio del consumidor es indisponible.*"[39].

Para terminar con la presente exposición de la contratación electrónica en España, considero importante recordar que la tecnología es cambiante y el medio electrónico de Internet continuará evolucionando a un ritmo mucho más veloz que el de las normas y leyes que lo regulan. Aparte, nos encontramos frente a un medio en el que participan personas ubicadas en países distintos y cuyas conductas están reguladas por diferentes normas y leyes.

Vemos cómo España, a pesar de haber optado por legislar este tema en un cuerpo normativo independiente, no se separa de ciertas doctrinas tradicionales de contratación para regular las conductas actuales. Seguramente y debido a la interacción de tantos sujetos en el comercio electrónico, se presentan innumerables conflictos legales cuyas soluciones quizá no estén claramente definidas en la ley; ni de un país ni de otro. También es posible que la legislación de cada país presente una solución distinta y sea difícil determinar cuál ley aplicar en cada caso concreto.

La tecnología nos seguirá presentando otras interrogantes por resolverse. Cabe preguntarse ¿es realmente conveniente y posible legislar totalmente un tema tan complejo, cambiante y global? ¿Será mejor evitar tanta regulación y sólo contar con lineamientos prácticos, beneficiosos y usos comerciales entre quienes participan del comercio electrónico? ¿Presentará ventajas el tener una legislación uniforme y de carácter internacional que aplique a todos los países por igual? ¿Es mejor que cada país regule a su conveniencia el tema de contratación electrónica? Solamente con el tiempo y la experiencia a base de prueba y error podremos darnos cuenta de qué resulta mejor para cada país y para el mundo globalizado en el que vivimos.

38 Así lo establece el numeral 27 de la Disposición Adicional I de la Ley 26/1984 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios "27. *La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez a Tribunal distinta del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación a aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia a transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.*"

39 Llaneza González. Op Cit. P 113

La Piratería Marítima

Por: Licda. Cristina Umaña Luarca[1]

De acuerdo con la Oficina Marítima Internacional, la piratería es "el acto de abordar cualquier embarcación con la intención de cometer robo o cualquier otro crimen, y con la intención o capacidad de usar fuerza en busca de ese acto".[2]

1. Antecedentes históricos

La piratería es una actividad que ha acompañado a la humanidad a lo largo de su historia. Es innegable que, a pesar de tratarse de un hecho real y objetivo, ha sido también objeto de innumerables construcciones fantasiosas, lo cual ha contribuido a la creencia, hasta cierto punto generalizada aún en tiempos modernos, de que la piratería se reduce a eso: un producto de la imaginación. Como consecuencia de lo anterior, se le ha restado importancia a la necesidad de su inclusión en normas legales.

Para ilustrar este punto y llegar a una mejor comprensión de la evolución de esta figura, es conveniente remontarse a tiempos antiguos, y citar algunos ejemplos que hacen alusión a la existencia de esta actividad.

Ya, alrededor del año 1000 a.C. Homero escribió acerca de un acto de piratería en su obra "La Odisea". Asimismo, se encuentra otro dato histórico relativo a un acto de piratería ocurrido alrededor del año 75 a.C. cuando la barcaza en que se transportaba Julio César fue reportada como "secuestrada" durante una travesía en el Mediterráneo.

La piratería en el mar Mediterráneo afectó el comercio de los romanos, quienes enfrentaron este problema al finalizar la II Guerra Púnica en el año 201 a.C. Posteriormente, con la caída del Imperio Romano, la piratería disminuyó de manera considerable. Sin embargo, a finales del siglo VIII los vikingos comenzaron a realizar actividades piratas por el norte de Europa.

Durante los siglos XII y XIII, las naciones marítimas desarrollaron un sistema de guerra llamado "corso", cuya forma de actuación mostraba elementos afines a la piratería. Se trataba de una práctica que empleaba una serie de barcos pertenecientes a armadores y particulares, y que seguían en todo momento bajo su dirección. En tiempo de paz se dedicaban al comercio, pero en tiempo de guerra recibían de su gobierno una autorización, o "patente de corso", que les permitía perseguir a los barcos enemigos para apoderarse de ellos.[3] Es decir, que las patentes de corso, también llamadas *letters of marque*, eran permisos otorgados a los propietarios de buques armados, en virtud de los cuales eran comisionados por una nación beligerante para llevar a cabo acciones

1 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, y los títulos profesionales de Abogada y Notaria de la Universidad Francisco Marroquín. Por cursar Master en Propiedad Industrial e Intelectual y de Derecho de la Sociedad de la Información, Magister Lvcentinvs en la Universidad de Alicante, España.

2 Burnett, John S, *Dangerous Waters*, Modern Piracy and Terror on the High Seas, Penguin Group, New York, 2002, p.159. *"Piracy is the act of boarding any vessel with an intent to commit theft or any other crime, and with an intent or capacity to use force in furtherance of that act."*

3 *Enciclopedia Hispánica (Tomo 11*, Enciclopedia Británica Publishers, Inc. 1992, Estados Unidos, Pág.377.

de guerra y aprovechar cierta parte del botín. Estas prácticas fueron abolidas con la Declaración de París de 16 de abril de 1856.[4]

Posteriormente en el siglo XIV, surgieron otros puntos de piratería, cuyas bases estaban situadas en la Berbería (costa del norte de África) en algunos puertos como Argel y Túnez. Debido a los daños causados en el comercio, los marinos de Génova organizaron una expedición cuyo objetivo era eliminar a los piratas de la Costa de Túnez, pero no lograron su cometido.

Los Reyes Católicos, en el siglo XV, expulsaron a los moros de España. Estos guerreros vencidos se instalaron en la costa de África y realizaron actos de venganza contra España afectando a barcos de todas las naciones. En esta época sobresalieron piratas como los tres hermanos Barbarroja y Dragut.

El descubrimiento, la conquista y colonización del Nuevo Mundo por parte de España atrajo a piratas franceses e ingleses. Isabel I de Inglaterra apoyó los asaltos a buques españoles. Estos ataques fueron realizados por hombres como Richard Greenville, John Hawkins y Francis Drake quien atacó en repetidas ocasiones a las flotas españolas para saquear los metales preciosos transportados en los galeones.

En las costas e islas poco defendidas de las Antillas menores y en la costa de Haití, se asentaron los célebres "bucaneros", generalmente de origen francés. A ellos se unieron holandeses e ingleses para formar comunidades dedicadas a la piratería. Junto a los corsarios ingleses, expoliaron y destruyeron ciudades tan florecientes como Cartagena de Indias, atacada en 1586, Panamá en 1671 o en la ciudad de Trujillo (anterior nombre de la capital de República Dominicana) en 1678.[5] Los bucaneros actuaron durante los siglos XVI y XVII.

Posteriormente, con la aplicación de la máquina de vapor a los barcos y el crecimiento de las armadas nacionales a lo largo de los siglos XVIII y XIX, la piratería disminuyó hasta casi desaparecer.

La piratería no es sólo una cuestión histórica; en el siglo XXI ha resurgido y ha cobrado mayor importancia en la actualidad debido a los avances tecnológicos en las armas. Hasta la fecha, los piratas viajan en la búsqueda de barcos petroleros, transbordadores, yates, cruceros, y atacan con rifles de asalto y lanzagranadas. Debido a que barcos enteros y tripulaciones desaparecen, las conductas realizadas por piratas se encuentran prohibidas nacional e internacionalmente, como se estudia a continuación.

2. La regulación del delito de piratería en el Código Penal guatemalteco

El Código Penal guatemalteco regula dos tipos de piratería: la marítima, cuyo análisis se realiza en el presente artículo; y la aérea, la cual por tener unas características propias que la distinguen de la primera, constituye materia que debe ser objeto de un análisis propio.[6]

Un mejor análisis de la piratería se puede realizar comparando el ordenamiento jurídico guatemalteco con el de otros países y con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (cuyo análisis se hace en el tema número 3).

Existen otras legislaciones, además de la guatemalteca, que también regulan la piratería dentro de los delitos contra la seguridad colectiva (por citar algunos ejemplos cabe mencionar la panameña, la argentina y la costarricense). Sin embargo, esa no es la única manera de tipificar el delito, ya que por ejemplo, el Código Penal Federal de México al igual que el

4 La Declaración de París fue un acuerdo que establecía principios de derecho marítimo internacional en tiempos de guerra, fue firmada por varios Estados, entre ellos Austria, Rusia, Francia, Prusia y Gran Bretaña.

5 *Op. Cit.* Enciclopedia Hispánica, Pág. 378.

6 El Código Penal guatemalteco no contempla como en otras legislaciones, la piratería en materia de propiedad intelectual. Es decir, aquella en la que la gente coloquialmente denomina "piratas" a las copias ilegales de discos, programas informáticos o videos y a los productos que violan marcas registradas. La idea que se tiene actualmente de que los piratas del mar han desaparecido y que los únicos que existen son los llamados "virtuales" es equivocada.

Código Penal de Venezuela lo incluyen dentro de los Delitos contra el Derecho Internacional.

El **delito contra el Derecho Internacional** es aquel que surge por la violación de los derechos establecidos por los propios Estados en sus relaciones entre sí. En cambio, el delito contra la seguridad colectiva es aquel que protege del peligro de ciertos ataques a todos los miembros de la sociedad, aunque el ataque se dirija sólo a uno de ellos.[7]

Hecha la aclaración de la ubicación de la piratería en el Código Penal, se procede a analizar cada uno de los incisos del artículo 299.

El Código Penal de Guatemala no contempla una definición de piratería, sólo tipifica ciertas conductas, las cuales se analizan a continuación:

"Artícula. 299 Piratería. Camete delita de piratería, quien practicare en el mar, lagas a en rías navegables, algún acta de depredación a vialencia cantra embarcación a cantra persanas que en ella se encuentren, sin estar autarizada par algún Estada beligerante a sin que la embarcación, par media de la cual ejecute el acta, pertenezca a la marina de guerra de un Estada recanacida".

Un acto de depredación podría ser el despojo de los bienes que se encuentran en el barco, el dinero en efectivo que se encuentre en las cajas fuertes, equipo electrónico valioso y sofisticado que puede ser removido fácilmente. La violencia en contra de las personas que se encuentran en el barco se refiere a que sean atacadas físicamente. Los piratas utilizan diversos tipos de armas: automáticas, machetes, cuchillos, morteros, antitanques con las cuales pueden causar una gran destrucción.

El artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar define a los buques de guerra como los pertenecientes a las fuerzas armadas de un Estado, identificados, y que tienen algunas inmunidades que no tienen otros barcos, como por ejemplo no pueden ser embargados.

El artículo 299 del Código Penal enumera otros actos que se consideran como actos de piratería, los cuales serán analizados a continuación:

"1º Quien, se apoderare de alguna embarcación a de la que perteneciere a su equipaje, por media de fraude a violencio cametida cantra su comandante".

Secuestrar un barco y mantener como rehenes a todos los miembros de la tripulación, ha ganado popularidad entre los piratas. Esto ha sido un impacto económico en el comercio marítimo. Por citar algunos ejemplos, en enero de 2002, piratas apresaron al *Princess Sarah*, un barco de carga que salía de Somalia. Los piratas exigieron un rescate de $200,000 por 18 miembros de la tripulación. Después de dos semanas y haber recibido $50,000.00, los piratas liberaron a sus rehenes.[8] En agosto de 2003, en el Estrecho de Malaca (ubicado al este del Océano Índico, uno de lo canales más importantes que conecta las economías asiáticas de India, China y Japón) hombres armados tomaron control de un petrolero con bandera de Malasia que llevaba 1,000 toneladas de petróleo de Singapur a Penang. Los sujetos que atacaron exigieron un rescate de $100,000 por la tripulación de nueve personas, luego los liberaron después que el dueño del barco pagara $50,000.00.

La piratería marítima en el año 2007 provocó el ataque de 263 barcos, 24 más que en el año 2006. Los ataques no sólo son costosos en términos de pérdidas monetarias, también pueden ser mortales. Los piratas en el 2007 dejaron un saldo de cinco muertos, tres desaparecidos y más de sesenta y cuatro marinos heridos.

2º Quien, entregare a piratas una embarcación, su carga a la que perteneciere a su tripulación.

7 De León Velasco, Héctor Aníbal y Mata Vela, José Francisco. Derecho Penal Guatemalteco, F&G Editores, Décimo cuarta edición, 2003 p.529

8 http://www.cindyvallar.com/modern2005.html. *"Hijacking a ship and holding crew members for ransom has gained popularity among pirates of late. This, too, has an economic impact on maritime commerce."*

El inciso segundo del artículo 299 se refiere a aquel sujeto que prestare ayuda a los piratas en la comisión del delito.

3° Quien, con violencia, se apusiere a que el comandante a la tripulación defienda la embarcación atacada por piratas.

El comandante y la tripulación deben tomar ciertas medidas en el caso que el buque sea atacado por piratas. La Organización Marítima Internacional (OMI o también conocida como IMO por sus siglas en inglés) el 20 de junio de 2001 emitió la circular número 623, en la que se encuentran las Directrices para Propietarios y Armadores de Buques, Capitanes y Tripulaciones sobre la Prevención y Represión de Actos de Piratería y Robos a Mano Armada perpetrados contra los buques. Una de estas directrices se refiere a que el capitán tiene la obligación de velar por la carga y de adoptar medidas de precaución para garantizar la seguridad total del buque, así como de las actividades realizadas a bordo por la tripulación u otras personas empleadas en el buque. Todos los miembros de la tripulación deberán cooperar, por su propio interés, en las operaciones de vigilancia, informando al oficial de guardia de toda actividad sospechosa.[9] El capitán tiene una gran responsabilidad en el momento de un ataque pirata, es por eso que oponerse a las medidas que él toma, es una forma de obstaculización en la defensa del buque.

4° Quien, por cuenta propia o ajena, equipare una embarcación destinada a la piratería.

Los piratas patrullan las áreas de tránsito marítimo en barcos pequeños y rápidos que les permiten esconderse de los radares para atacar a su blanco, un barco de gran tamaño, y fugarse. Equipar a un barco que se dedique a estos fines es penado por la ley.

5° Quien, desde el territorio nacional, traficare con piratas o les proporcionare auxilios.

9 http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D13229/623-R2.pdf

Este inciso busca ser un disuasivo para los sujetos que se encuentran en el país y brindan su ayuda a piratas para delinquir.

La erradicación de la piratería es una actividad de gran importancia para todos los Estados por sus implicaciones jurídicas y económicas, de ahí la necesidad de regularla en su ordenamiento jurídico interno como internacionalmente.

3. Regulación de la piratería en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR)

La idea de codificar todas las costumbres del Derecho Internacional que le eran aplicables al mar surgió en 1930, como un intento de la Liga de Naciones con una conferencia en la que presentó un proyecto de convenio a los gobiernos. En 1945, la Liga de Naciones fue reemplazada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y en 1958 organizó la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que fueron aprobadas las cuatro convenciones redactadas por la Comisión de Derecho Internacional (ILC por sus siglas en inglés): la Convención del Mar Territorial y la Zona Contigua, la Convención de Alta Mar, la Convención de la Plataforma Continental y la Convención de la Pesca y Conservación de los Recursos Naturales de Alta Mar. Esta conferencia no logró resolver el problema de la amplitud del mar territorial.

En la Segunda Conferencia, en 1960, se acordó discutir el problema, pero no se llegó a un acuerdo. La Tercera Conferencia tuvo su primera sesión en 1973 y finalmente fue aprobada una convención el 30 de abril de 1982. El 10 de diciembre de 1982, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante la CONVEMAR) se abrió para firma en Montego Bay, Jamaica. La Convención fue firmada por 159 Estados y a la fecha ha sido ratificada por 155 países (154 países y la Unión Europea), entre estos Guatemala. Entró en vigencia el 16 de noviembre de 1994.

La piratería se encuentra contemplada en la Parte VII de la CONVEMAR que establece:

Artículo 101 Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:
   i) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;
   ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;

b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;

c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.[10]

La regulación de la CONVEMAR es distinta al Código Penal guatemalteco en varias cuestiones y esto se puede ver en el artículo 101 que señala que la piratería debe ser cometida con un propósito personal, en cambio el Código Penal no regula propósito alguno.

La CONVEMAR considera que un buque es pirata si se encuentra bajo el mando de personas que realizan los actos mencionados anteriormente por la misma Convención, así como los buques que les hayan servido para realizar ataques piratas. El Código Penal no menciona lo que es un buque pirata.

El Código Penal hace referencia a que el delito se comete "en el mar, lagos o en ríos navegables", la CONVEMAR menciona en "alta mar o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado". Por alta mar se entiende comprendidas todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado.

La CONVEMAR, siendo un tratado celebrado entre Estados, les impone el deber de cooperar en la represión de la piratería que se comete en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado. Regula una intención global de eliminar la piratería, permitiendo que cualquier Estado pueda apresar a un barco pirata en alta mar, arrestar a las personas a bordo y juzgarlas, como lo señala el artículo 105 de esta Convención.

4. Importancia de este delito

El delito de piratería tiene una importancia en términos económicos, pues su costo es realmente elevado y estimado entre $13 y $16 billones anuales.[11]

Como un ejemplo del costo de tales actos, se podría mencionar que el 29 de agosto de 2008, fue secuestrado un barco de Malasia (*Bungo Meloti 5*) y su tripulación de 41 personos, los pirotos exigieron $8.2 millones de rescote, el borco fue liberodo un mes después cuondo MISC Berhord, lo compoñío propietorio, pogó el rescote. Esto es lo formo en que operon, secuestrondo o los borcos y exigiendo un rescote que de no ser pogodo, desoporecen o los borcos y luego los reoparecen con otros bonderos y con un nuevo nombre y son utilizados,

10 *Piracy, terrarism threats overlop; Jaint potrals urged in Southeast Asio*, Young, Adam and Mark J. Valencia Newspaper Title; The Washington Times. July 7, 2003. Page number: A14.
"El terrorismo es distinto de la piratería en una forma directa. La piratería es un crimen motivado por avaricia, y por lo tanto fundado en la ganancia económica inmediata. El terrorismo es motivado por metas políticas que van más allá del acto de atacar o secuestrar un blanco marítimo. El factor que motiva a los terroristas es generalmente la ideología política de percibir injusticias, tanto históricas como contemporáneas." (traducción propia) *"Terrarism is distinct from piracy in a straightfarward mannner. Piracy is a crime mativated by greed, and thus predicated on inmediate financial gain. Terrorism is mativated by palitical gaals beyand the immediate act of attacking ar hijacking a moritime target. The mativating factar far terrarists is generolly palitical idealogy stemming fram perceiving injustices, bath histarical and cantemporary."*

11 *Terrorism Gaes ta Sea*. Articulo de la revista *Foreign Affairs*. Luft, Gal and Korin, Anne. November/ December 2004

entre otras cosas, para el trafico de personas y de drogas.

La piratería es un gran obstáculo para el comercio, ya que aumenta los costos de transporte, los seguros y los salarios de los miembros de tripulación, pues a mayor número de ataques piratas, mayor es el precio que se paga. Los más afectados económicamente por la piratería son los fabricantes dueños de la carga, los transportistas que son compañías dueñas de los buques y las aseguradoras de los barcos. Estas últimas aumentan sus porcentajes para los transportistas que cruzan las aguas más peligrosas o tienen que contratar a un mayor número de miembros de la tripulación o a guardias armados.

La piratería marítima actualmente está causando pérdidas cuantiosas, tanto en bienes materiales como en vidas humanas, de ahí su regulación interna e internacional. Los Estados deben tomar medidas de seguridad y cooperar para capturar a estos delincuentes en alta mar, juzgarlos y sancionarlos; teniendo como fin la erradicación de la piratería.

Bibliografía

1. *Libros*

Bernal, Beatriz y José de Jesús Ledesma. *Historio del Derecho Romono y de los Derechos Neorromonistos*. Editorial Porrúa. Décima edición. México, 2001.

Burnett, John S. *Dongerous Woters*. Modern Piracy and Terror on the High Seas. Penguin Group, New York, United States of America, 2002.

Churchill, R.R. and Lowe. A.V. The Law of the Sea. 3rd edition, Juris Publishing, Manchester University Press, Great Britain, 1999.

Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penol*. Tomo 2 (Parte Especial). Décimotercera edición. Barcelona, España, 1972.

De León Velasco, Héctor Aníbal y Mata Vela, José Francisco. *Derecho Penol guatemolteco*. Guatemala, F&G Editores, Décimo cuarta edición, 2003 p. 529.

Rémiro Brotons, Antonio *et ol*: *Derecho Internacional*, Mc GrawHill/Interamericana de España, S.A. U. Primera Edición. Madrid, España, 1997.

Shaw, Malcolm N. *Internationol Low*. 3rd edition, Grotius Publications, Cambridge University Press. Great Britain, 1995.

2. *Páginas de Internet*

Cindy Vallar, Editora. La Historia de la Piratería Marítima
http://www.cindyvallar.com/modern2005.html

Europa Press (prensa en línea)
http://www.europapress.es/internacional/noticia-practica-pirateria-maritima

20080421091145.html

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM)
http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=

Organización Marítima Internacional (OMI por sus siglas en inglés)
http://www.imo.org/includes/blastDataOnly.asp/data_id%3D13229/623-

R2.pdf

Popular Mechanics (revista)
http://www.popularmechanics.com/technology/military_law/1280886.html?

page=2

Servicios Comerciales Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI por sus siglas en inglés)
http://www.icc-ccs.org/imb/overview.php

Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS por sus siglas en inglés)
http://www.itlos.org/start2_en.html

Yale (Derecho, Biblioteca de Derecho Lillian Goldman)
http://avalon.law.yale.edu/19th_century/decparis.asp

Wikipedia
http://es.wikipedia.org/wiki/Pirater%C3%ADa

3. *Tesis*

Sánchez Gómez, Sandra Mayela. Licenciada en Relaciones Internacionales con Especialización en Organismos Internacionales) Universidad Francisco Marroquín. Facultad de Humanidades. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. *La Piratería marítimo un problemo de actuolidod*. Guatemala, 2002.

4. *Artículos de Revista*

Terror on the High Seos: Pirocy ond Terrorism Are Joining Forces and Creating Troubled Woters for the Moritime Industry Magazine article by Ali M. Koknar; Security Management, Vol. 48, June 2004.

Pirocy Alert. Magazine article by Dana R. Dillon; The International Economy, Vol. 14, September 2000.

Pirocy on the High Seos: Though the Number of Pirocy Incidents Decreosed in 2006, Those Thot Did Occur Were More Likely to Be Violent. Magazine article by Robert Ellitt; Security Management, Vol. 51, June 2007.

Pirocy Plogues Shipping. Magazine article; Business Asia, Vol. 8, May 5, 2000.

Terrorism Goes to Seo. Artículo de la revista Foreign Affairs. Luft, Gal and Korin, Anne. November/December 2004

5. *Artículos de prensa*

Pirocy, terrorism threots overlop; Joint potrols urged in Southeost Asio. Young, Adam and Mark J. Valencia Newspaper Title; The Washington Times. July 7, 2003. Page number: A14.

6. *Enciclopedias:*

Piracy. Encyclopedia article; *The Columbia Encyclopedio*, Sixth Edition, 2007. 52958 pgs.

Enciclopedia Hispánica. *Enciclopedio Británico Publishers*, Inc. 1992. Estados Unidos.

7. *Legislación*

Código Penal de Guatemala

Código Penal Federal de México

Código Penal de Venezuela

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

Derecho y política

Democracia disfuncional: cómo mejorar el sistema electoral en Guatemala

Por: Lic. Alejandro Baldizón[1]

Comúnmente se menciona que Guatemala es un país dividido, polarizado. Podríamos afirmar en forma más técnica que en nuestro país se encuentran sustancialmente divididas las preferencias electorales. Se presume a su vez que nuestro sistema democrático debería estar destinado a poder conciliar estas preferencias y a producir políticas públicas de beneficio generalizado para la población. Agregaríamos también que existe una buena cantidad de ofertas electorales que no necesariamente son un reflejo directo de tal dispersión, sino más bien que las mismas se constituyen como vehículos de coyuntura para promover las aspiraciones políticas de personajes específicos. Muestra de ello han sido los procesos de elección presidencial en los cuales se han presentado hasta diecinueve candidatos en una oportunidad, aunque pocos de ellos hayan contado con probabilidades reales de éxito. El Congreso de la República también se pinta como un mosaico político cuyos colores y matices varían constantemente gracias al surgimiento y desaparición de múltiples partidos políticos o al transfuguismo entre sus miembros.

Los resultados de los últimos seis procesos electorales en Guatemala son verdaderamente reveladores en ese sentido. Una gran parte de la población no vio identificada su preferencia electoral en cualquiera de las ofertas presidenciales principales. Así se explica no sólo el grado de abstencionismo común a los procesos electorales y mayormente característico de las segundas vueltas de elección presidencial, sino, en un contexto más profundo, el enorme distanciamiento entre el votante y sus gobernantes y representantes. Se presenta entonces nuestra democracia con una debilidad endémica. Primero, en un contexto estrictamente formal, se basa en un sistema de reglas electorales que le dificultan al votante canalizar sus preferencias en forma efectiva y más importante aún, se pierde el sentido de representatividad hacia el ciudadano común y el proceso democrático pasa a ser dominado por el interés político, el interés especial o la colusión de ambos.

Así es como llegamos a la conclusión que en Guatemala debemos empezar a pensar en sustituir el sistema electoral actual por uno que corrija las principales deficiencias del mismo y que contribuya a que el votante pueda expresar con mayor fidelidad sus preferencias electorales, con el correspondiente efecto de poder crear una relación más cercana y directa entre el votante, el proceso democrático y las expectativas y resultados que de éste se generan.

Si el Congreso de la República es el eje principal del Sistema Democrático Representativo, el sistema de elección de diputados al Congreso en Guatemala presenta una serie de terribles deficiencias y como consecuencia una mayor disociación entre el votante y el "representante". La "representatividad" del sistema está definida eminentemente como una relación de proporcionalidad. Sin embargo, resultaría ilógico argumentar que el sistema sería más "representati-

1 Abogado y Notario egresado de la Universidad Francisco Marroquín; Profesor de los cursos de Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), Análisis de las Decisiones Públicas (Public Choice) y Seminario de Proceso Económico en la Facultad de Derecho.

vo" si se incrementara el número de diputados por habitante cuando se consideran las demás variables, principalmente la forma en que son electos.

Para la elección de diputados al Congreso se utiliza el sistema de Representación Proporcional de Minorías (Sistema D´Hont). Este método tiene como finalidad propiciar que puedan optar a un curul partidos minoritarios, respetando siempre un criterio de proporcionalidad de las preferencias de los electores **hacia los partidos políticos, no así hacia los candidatos**. Bajo esta premisa, cada partido presenta una "lista" o nómina con un número de candidatos equivalente al total de diputados a elegir por cada distrito. Actualmente se eligen 31 diputados por Lista Nacional, quienes no representan distrito alguno, en el Distrito Central que es la ciudad capital se eligen 11 diputados; en el resto de municipios del departamento de Guatemala que conforman otro distrito se eligen 19; en Huehuetenango, 11; Quetzaltenango, 8; Escuintla, 5; Sacatepéquez, 2; por ejemplo. Estos números se incrementarán conforme aumente la población en los respectivos distritos.

De esa forma, en el momento de elegir, el votante se ve enfrentado con la decisión de escoger **sólo un partido** (lista) en cada una de dos papeletas (Lista Nacional y Lista Distrital de su respectivo departamento) que contienen decenas sino cientos de candidatos. Este mecanismo de elección contribuye enormemente a que se den una serie de consecuencias que en gran medida le restan representatividad al sistema, como las siguientes:

El votante no cuenta con una forma precisa de canalizar sus preferencias. A pesar de que existan varios cargos a elegir, el votante debe escoger en bloque (por partido) y no individualmente a sus representantes. Es decir, si hubiera tres curules en su departamento no puede escoger a los tres "mejores" candidatos por su distrito independientemente de qué partido sean o qué lugar ocupan en el listado. Esto también significa que el votante no puede discriminar negativamente con su voto en contra de algún personaje indeseable que se encuentre incluido en una lista que de otra forma le resultaría atractiva.

Los potenciales candidatos a diputados compiten entre sí en lo interno de sus respectivos partidos para ocupar los lugares más favorables en las respectivas "listas", sin embargo, esta competencia no es precisamente "democrática" y los puestos generalmente se asignan de acuerdo a los criterios de los órganos directivos de cada partido. Esto a su vez tiene varias consecuencias trascendentales.

Primero, antes que con sus electores, los eventuales diputados adquieren un compromiso fuerte para con el partido que los ubicó en una posición favorable, de manera que su lealtad política generalmente yace con éste y no con sus "representados". En ese sentido, la "representatividad" tanto en base a criterios "Nacionales" (políticos) como "Distritales" (regionales) se ve seriamente afectada. Como consecuencia de esto también se puede decir que la actividad política se traduce a parámetros esencialmente partidarios, puesto que esta "lealtad" política se convierte en "disciplina" partidaria de manera que los diputados electos se limitan a simplemente obedecer las directrices establecidas por los líderes del partido. Este fenómeno también facilita la consecución de diversos intereses específicos por parte de los distintos partidos políticos en detrimento de los intereses generales de la población, ya que los líderes políticos o jefes de bloque son los que llevan a cabo las respectivas negociaciones políticas a sabiendas que el voto de sus correligionarios está prácticamente garantizado.

Segundo, las posturas políticas o ideológicas de los potenciales diputados no resultan ser tan claras para el elector. Esto es así tanto porque el votante no tiene un mecanismo para recompensar o castigar el "récord" de cada diputado respecto de las decisiones que haya tomado en temas específicos ya que no lo elige individualmente. También sucede esto debido a que el diputado tiende a acercarse a un partido más por obtener una posición con altas probabilidades de elección o reelección que por afinidad polí-

tica o ideológica. Esta circunstancia explica también el fenómeno del transfuguismo que se da con tanta frecuencia en nuestro sistema. Como consecuencia, el votante difícilmente puede esperar que sus preferencias políticas e ideológicas se vean reflejadas en la práctica por los distintos partidos políticos.

Otro aspecto importante es que este sistema produce consecuencias diferentes en la medida en que se elija a un número grande o pequeño de candidatos mediante el mismo. Para el caso de un número reducido de diputados el sistema resulta disfuncional. Un ejemplo podría ser el caso de que se elijan a tres diputados en un distrito y que participen más de diez partidos en la contienda. En este caso el sistema opera como si se tratase de un simple método de mayorías relativas, o sea, en tal caso no hay representación proporcional de minorías. Por el contrario, si el número de diputados a elegir es muy elevado, por ejemplo 31 por el Listado Nacional, el efecto de la representación proporcional de minorías se sobredimensiona. En ese caso, la mayoría de los partidos políticos (alrededor del 67%) tiene probabilidades de colocar por lo menos un diputado al Congreso y lograr su supervivencia política. Esto genera un incentivo para que constantemente se estén formando partidos nuevos, a pesar de que sus planteamientos ideológicos sean similares a los de otros ya existentes y de que no cuenten con un caudal electoral importante. En ese contexto, únicamente desaparecen del mapa político los partidos marginales que no logran el número mínimo de votos que garantiza un curul. Sin embargo, ello no significa que sus principales figuras no reaparezcan posteriormente en algún "listado" de otro partido.

Esto explica también el fenómeno de una gran cantidad de candidatos presidenciales, pues a pesar que no cuenten con probabilidades reales de éxito, son estos meramente polos de atracción para el voto a favor del Listado Nacional, a manera de asegurar la supervivencia del partido gracias a haber colocado por lo menos un diputado en el Congreso. Esto posteriormente genera otros incentivos negativos como el intercambio de estas pequeñas cuotas de poder por otros favores políticos.

Como consecuencia de todo lo anterior, se puede argumentar de forma convincente que el mecanismo actual de elección de diputados al Congreso claramente impide que las preferencias de los electores puedan transmitirse en forma efectiva por medio de sus "representantes".

Para el caso de la elección de diputados al Congreso de la República la principal reforma debe ser conceder al votante la capacidad de elegir a sus representantes por nombre y apellido y no por "listas" anónimas lo cual conlleva todas las consecuencias ya expuestas, teniendo también la potestad de expresar sus preferencias políticas en una nueva dimensión hasta ahora inexistente.

Sin embargo, para que esto sea viable, la implementación del voto uninominal debe ir acompañada de otras reformas complementarias. La más importante tiene que ver con la reducción de los distritos electorales a un tamaño manejable y con un número razonable de candidatos a elegir por cada distrito. Hay distritos electorales que por su población tienen muchos diputados, por ejemplo, distrito central: 11, departamento de Guatemala: 19, Huehuetenango: 10, Quetzaltenango: 8, etc. Si se considera que participan alrededor de 14 partidos políticos, bajo un sistema uninominal, quienes votan en el distrito del departamento de Guatemala deberían escoger, uno por uno a 19 candidatos de entre 266 aspirantes. Eso sería sumamente complicado. La solución pasa por crear distritos electorales más pequeños, por ejemplo, para el caso de Guatemala, el distrito central sería uno y tendría 2 ó 3 diputados, luego Amatitlán, Villa Nueva y San Miguel Petapa, por ejemplo, podrían ser otro distrito y tendrían otros 2 ó 3 diputados; Santa Catarina Pinula, San José Pinula y Fraijanes serían otro distrito y tendrían 1 ó 2 diputados. Lo mismo se podría hacer con los departamentos que tienen más población. Eso haría sumamente más viable el sistema de elección uninominal.

Otra reforma importante es establecer un número fijo de diputados al Congreso de manera que proporcionalmente a su población se asigne el número de diputados por distrito. Esto le daría mayor representatividad al sistema sin necesidad de incrementar el número total de diputados conforme crece la población. Con base en las razones antes expuestas, podría fijarse un número de 80 diputados distritales y que se asigne proporcionalmente el número de diputados de acuerdo a la población de estos nuevos distritos más pequeños. Por ejemplo, hoy en día hay 127 diputados distritales, de ellos, el departamento de Guatemala en su totalidad (distrito central más resto de municipios) tiene 30. Ello equivale al 23.6% del total. Entonces, manteniendo esa proporción, de acuerdo a la población del departamento de Guatemala, se podría multiplicar ese porcentaje por el número fijo de diputados (23.6% por 80) y tendríamos que al departamento de Guatemala corresponderían 18 diputados de los 80. Estos se distribuirían proporcionalmente a la población entre los varios distritos ahora más pequeños como mencionaba anteriormente.

Esta idea tiene otra ventaja. Como la Constitución establece que los diputados por Lista Nacional equivalen al 25% del número de diputados Distritales, entonces tendríamos un número fijo de 20 (25% de 80) diputados por Lista Nacional. Esto tiene otra gran ventaja en sí mismo. Actualmente conforme va creciendo el número de diputados también crece el número (aunque la proporción se mantenga) de diputados por Lista Nacional. Esto ha significado que cada vez se formen más y más partidos pequeños porque conforme el número de diputados crece cada partidito pequeño tiene mayores probabilidades de infiltrar por lo menos un diputado a la Lista Nacional, entonces se sobredimensiona el concepto de "representación proporcional de minorías" porque muchos partidos, aunque tengan una intención de voto muy baja logran "colar", por así decirlo, al menos un diputado a la lista nacional. Eso ha afectado notablemente la operatividad del congreso, debido a la diversidad de intereses que se negocian de forma imperceptible para el elector.

Eventualmente habrá que considerar la conveniencia de preservar dos bases de representación diferentes, criterio político (diputados por Lista Nacional) y criterio geográfico (diputados por distrito), puesto que no tiene sentido que los mismos sean incluidos en la misma cámara legislativa pues se destruye el propósito de hacer esa separación de criterios. En ese caso podría pensarse en un sistema bicameral bajo parámetros diferentes o en eliminar el criterio de Lista Nacional.

En conclusión, es imprescindible reformar nuestro sistema electoral para dotar al esquema político guatemalteco de un nuevo dinamismo mediante el cual los electores podrán expresar de forma más fiel y genuina sus preferencias políticas, como paso para desarrollar un proceso democrático más representativo, razonable y efectivo.

Nota: Este artículo es una adaptación de una conferencia titulada "Las Preferencias de los Votantes y los Sistemas Electorales: Una Propuesta", la cual impartí dentro del VI Seminario Interuniversitario del Centro para el Análisis de las Decisiones Públicas. La conferencia se encuentra disponible en el Centro de Recursos Digitales New Media de la Universidad Francisco Marroquín, en la siguiente dirección:

http://newmedia.ufm.edu/baldizonsistemaeleccion

Entrevista

Derecho de los Negocios Internacionales "Cátedra Bernardo Neumann"

Lic. Pedro Mendoza Montano[1]

1. ¿Cómo surge la idea de crear una cátedra en la facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, con el nombre "Bernando Neumann"?

En 1996 se acercaron a la Universidad Francisco Marroquín, la señora Irene Heinemann de Neumann, junto con otros familiares del señor Bernardo Neumann. Deseaban hacer una donación con el objetivo de que ésta, se destinara a algún proyecto relacionado con temas internacionales, ya fueran políticos, económicos o jurídicos. Dicha propuesta, se presento al Rector de la Universidad, en aquel entonces Licenciado Fernando Monterroso, quien trasladó la idea a todos los Decanos. En ese tiempo, el puesto de la Decanatura de la Facultad de Derecho, era ocupado por el Dr. Eduardo Mayora Alvarado, y yo era el Secretario de la misma. Cuando se nos hizo la consulta, consideré que sería apropiado introducir en el pensum de la carrera un curso innovador y de gran importancia desde aquél entonces en varias facultades de Derecho en Estados Unidos de América: "Derecho de los Negocios Internacionales"; yo había tenido la oportunidad de cursarlo al estudiar mi maestría en la Universidad de Columbia. Presenté la propuesta al Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, y se resolvió que teniendo experiencia tanto académica como profesional en dicha área, sería ideal que fuese yo, quien impartiera dicho curso. Posteriormente, el Consejo Directivo de la Universidad con la aprobación de la familia Neumann, acordaron su implementación en el pensum y en memoria de Don Bernardo Neumann se denomina dicho curso: Derecho de los Negocios Internacionales, "Cátedra Bernardo Neumann".

2. ¿Quién fue Bernando Neumann?

Bernardo Neumann Schlesinger, era guatemalteco, casado con Irene Heinemann de Neumann, con quien procreó cuatro hijos. Estudió Historia en Oberlin College, ubicado en Oberlin Ohio y luego Ciencias Políticas en la Universidad de Michigan en Ann Arbor, Michigan. Además desempeñó varios cargos de Gerente y formó parte de varios Consejos de Administración en diversas empresas en nuestro medio; participó como delegado por Guatemala ante diversos foros internacionales. Se le conoció también por su gran interés en todo lo relacionado con temas internacionales.

3. ¿En qué año se integró esta cátedra al pensum?

Se implementó como un curso opcional en el año 1997; posteriormente, dada la importancia de este curso, pasó a formar parte del pensum como un curso obligatorio en el año 2000.

---

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín. Obtuvo una beca Fullbright-Laspau la cual le permitió cursar su Maestría en Derecho (LL.M) en la Universidad de Columbia, en la ciudad de Nueva York. Cursó el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Francisco Marroquín. Ex catedrático de Derecho Civil VI, Derecho Procesal Civil y Mercantil Práctico; y Derecho Mercantil IV de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín. Actualmente imparte la cátedra de Derecho de los Negocios Internacionales y próximamente el curso de Teoría General del Contrato. Fundador de la Firma IURISCONSULTI Abogados y Notarios.

4. ¿De manera general, sobre qué trata dicho curso?

Se introduce al alumno en general a los negocios internacionales; se estudia el contrato mercantil internacional. Asimismo se estudian los mecanismos que puede utilizar el empresario para expandir sus negocios fuera del territorio nacional, como lo son: la exportación – importación, transferencia internacional de tecnología y la inversión extranjera directa. Dentro de cada uno de éstos mecanismos se estudian los contratos subyacentes a cada uno de ellos, así en los procesos de exportación-importación, la compraventa internacional de mercaderías, el contrato de agencia internacional y el de distribución internacional; en la transferencia internacional de tecnología, el contrato de licencia de know-how internacional, el contrato de licencia internacional de patente de invención y el de franquicia internacional; por último, en la inversión extranjera directa se estudian las sucursales, subsidiarias, contratos de joint venture internacional y una breve introducción a las fusiones y adquisiciones de empresas. Es importante hacer ver que este es un curso tanto teórico como práctico.

5. ¿Cómo ha evolucionado este curso a través del tiempo?

Para elaborar el programa del curso me basé, inicialmente, en el contenido que este curso tenía en la Universidad de Columbia. Al inicio me costó bastante estructurar el mismo pues como indiqué, es un curso que al implementarse en 1997 no formaba parte casi de ningún pensum a nivel de Licenciatura en ninguna Universidad de Iberoamérica; ni de la mayoría de países de Europa, así que no habían antecedentes en nuestro sistema legal que me pudieran servir de punto de partida. Además aunque me hubiera basado en el contenido del curso que sobre esta materia se daba en Columbia, tuve que ajustarlo pues recordemos que nuestro sistema de Derecho es diferente al de los Estados Unidos; así que no podía dar el curso con el contenido exacto al que se daba en Columbia. Por otra parte, también afronté el problema consistente en que no había libros en español que abarcarán de modo comprensivo lo que se imparte dentro de este curso. Por ello estudiamos el curso tomando como fuente, principalmente, libros escritos en inglés.

En un inicio este curso era teórico fundamentalmente, pero desde hace cinco años introduje aspectos prácticos en el mismo. Esto abarca desde el estudio de la estructura de un contrato mercantil internacional, el contenido de cada uno de los contratos en particular que estudiamos hasta el análisis de sentencias dictadas por tribunales de nuestro y otros países, así como el planteamiento de casos para que los resuelvan los estudiantes.

6. ¿Qué retos ha tenido que afrontar?

Esta materia está sujeta a cambios constantes y rápidos, lo que me obliga a mantenerme actualizado, estudiando la evolución que se da en las instituciones, usos y prácticas de los negocios internacionales. Esto influye en que todos los años debo actualizar el programa del curso e introducir nuevos libros que recién hayan sido publicados; también me mantengo suscrito a varias publicaciones y revistas especializadas en esta área.

Además sostengo contacto con algunos de mis catedráticos en Columbia, entre ellos Alejandro Garro, jurista conocido a nivel mundial, quien por cierto ha dado seminarios y conferencias en nuestra Facultad en el pasado; estos contactos me ayudan a mantenerme al tanto de los cambios y evolución que se da en esta materia.

7. ¿Qué tipo de repercusiones tiene a nivel nacional este curso?

Muchas y muy importantes. Cuando yo estudie Derecho en la década de los 80´s, todos los temas que se estudian en este curso los conocían únicamente los Abogados que habían tenido la oportuni-

dad de estudiar en Estados Unidos. Por otra parte, eran muy pocos los Bufetes de nuestro medio que tenían clientes que requirieran asesoría legal en esta área. Este escenario ha cambiado radicalmente; no solo grandes empresarios, sino medianos y pequeños empresarios llevan a cabo negocios en el extranjero, asimismo muchos empresarios extranjeros llevan a cabo negocios con guatemaltecos. Esto trae como consecuencia que los Abogados de hoy en día no puedan dejar de tener los conocimientos que se requieren para asesorar a los empresarios que llevan a cabo negocios internacionales. Por muchas razones no todos nuestros ex alumnos tienen la oportunidad de ir a estudiar al extranjero. Entonces al haber tomado este curso en nuestra Facultad, habrán adquirido los conocimientos mínimos para poder asesorar a todos aquellos empresarios guatemaltecos que llevan a cabo negocios en el extranjero así como a todos aquellos empresarios extranjeros que deseen llevar a cabo negocios en Guatemala.

8. ¿Qué ventajas da a los alumnos de la Facultad de Derecho el tomar este curso?

La ventaja principal es la de adquirir los conocimientos que les van a permitir asesorar legalmente a los empresarios guatemaltecos que expanden sus actividades a nivel internacional; así mismo también obtienen la preparación adecuada para poder asesorar a aquellos empresarios extranjeros que van a llevar a cabo negocios en nuestro país. Asimismo muchos de los tópicos que se cubren en este curso constituyen áreas específicas de especialización en Maestrías en el extranjero, lo que les es da una visión a los estudiantes que piensan ir a estudiar al extranjero de algunas de las áreas en las que podrían especializarse en las universidades de otros países. En otro orden de ideas, creo que ayuda a los alumnos a conocer ciertas técnicas que utilizan Abogados en Estados Unidos en la conclusión de contratos que después ellos pueden implementar incluso en los contratos puramente locales. Además, también creo que ayuda a los estudiantes a familiarizarse con la terminología en el idioma inglés que se utiliza en el ámbito del Derecho de los Negocios Internacionales.

9. ¿Qué clase de comentarios ha recibido de alumnos que aprobaron esta materia y son ahora, profesionales del Derecho?

Siempre he recibido buenos comentarios de quienes fueron mis alumnos en esta materia. Quienes optan por una maestría en el extranjero, dicen haber tenido, con este curso una buena base; y quienes no han salido al extranjero, me han hecho ver lo mucho que les ha servido este curso para asesorar a sus clientes. Inclusive, algunos me han comentado que han sorprendido a sus socios de otras generaciones en sus Bufetes al demostrar que poseen esta clase de conocimientos.

10. ¿Hay algo más que desee agregar?

No me queda nada más que expresar mis muestras de gratitud a Doña Irene Heinemann de Neumann y los familiariares de Don Bernardo Neumann; ya que sin su valioso donativo quizá nunca se hubiese llegado a implementar este curso, el cual ha sido de enorme beneficio para nuestros estudiantes en la facultad de Derecho, y el cuál como ya he mencionado, ha influido enormemente en el desarrollo de esta materia en nuestro medio.

Entrevistas realizada por: Kimberly Monroy

EDITORIAL SERVIPRENSA

Esta publicación fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S. A. en el mes de septiembre de 2009. La edición consta de 650 ejemplares en papel cuché mate base 80.

AÑO XVII - No. 27
2009
Primera época
ISSN 1562-2576

UFM

Facultad *de*
DERECHO